



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE

PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

Il volere nelle fragilità

a cura di

Laura Solidoro e Margherita Scognamiglio

Numero Speciale – Anno 2025

www.teoriaestoriadelldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), P. Buongiorno (Univ. Macerata), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), R. Laurendi (Univ. Genova), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salento), M. Beghini (Univ. Roma Tre), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), C. Iovacchini (Univ. Roma ‘La Sapienza’), M. Melone (Univ. Roma ‘La Sapienza’), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Teoria e Storia del Diritto Privato

ISSN: 2036-2528

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I saggi che compongono questo Numero Speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: A. Natale (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salento).

Il numero speciale è stato pubblicato online nel 2025.

Publicazione realizzata e finanziata nel quadro del Progetto di ricerca PRIN 2022 "2022R739JM - The Regulatory Will" - finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU - Missione 4 "Istruzione e Ricerca" - Componente C2 Investimento 1.1, "Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) - CUP n. D53D23007410006.



Finanziato
dall'Unione europea
NextGenerationEU



Ministero
dell'Università
e della Ricerca



Italiadomani
PIANO NAZIONALE
DI RIPRESA E RESILIENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI SALERNO

SOMMARIO

L. SOLIDORO	
Il volere nelle fragilità	1
V. GIORDANO	
Alle radici della normatività giuridica. Vulnerabilità e pratica dei diritti	51
G. GRECO	
La circonvenzione di incapace: dalla Legge Letoria allo ‘stato di dipendenza’	66
A. CARAVAGLIOS	
Vulnerabilità e minore età: l' <i>adulescens luxuriosus</i>	94
F. TUCCILLO	
Violenza e realtà edittale in Cicerone: spunti in tema di <i>formula Octaviana</i>	112
A. GUASCO	
Violenze e libertà negoziale nel mondo romano: testimonianze dalle province	144
M.V. BRAMANTE	
Turbamento della volontà negoziale dovuto allo stato di bisogno e di pericolo del contraente. Lineamenti storico-giuridici della disciplina rimediale alla asimmetria delle prestazioni	166

J.F. STAGL	
La decomposizione della famiglia prima della sua decomposizione: la testimonianza di Varrone (Men. “ <i>Lex Maenia</i> ”)	210
I. DEL BAGNO	
Esistenze e volontà sacrificate. Tutele e limitazioni giuridiche per i minorati dei sensi tra Otto e Novecento	222
A.M. GAROFALO	
L’ordinamento giuridico e la vulnerabilità: il caso del testamento del soggetto fragile	260
C. CORBO	
Usura e stato di necessità in una costituzione di Teodosio I: note a margine di CTh. 2.33.2	310
V. CONTE	
La vulnerabilità digitale dell’anziano da esposizione al flusso informativo di contrattazione	345

Il volere nelle fragilità

SOMMARIO: 1. Verso un nuovo volontarismo – 2. ‘Vulnerabilità’, una nozione incerta – 3. Vulnerabilità e diritto – 4. I soggetti vulnerabili – 5. Gli stati di dipendenza: profili giuridici – 6. La tutela italiana del contrente ‘fragile’ – 7. I ‘nuovi vizi’ – 8. Sull’importanza della prospettiva storica – 9. I volti antichi della vulnerabilità nella proiezione giuridica.

1. *Verso un nuovo volontarismo*

Il parziale tramonto della causa e della forma quali elementi essenziali del contratto sembrano andare oggigiorno di pari passo con l’allontanamento dai tipi tradizionali del contratto: due fenomeni indotti entrambi, in buona misura, dalla *Lex mercatoria*, ormai riconosciuta come fonte di regolamentazione dei contratti, e dal diritto contrattuale europeo nella sua composita formazione di disposizioni normative e sentenze¹. Queste nuove tendenze, una volta congiuntesi con le forme di implementazione del diritto della persona all’autodeterminazione recentemente comparse², ci

¹ Ampia trattazione in *Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, ed. by G. Albers, F.P. Patti and D. Perrouin-Verbe, Tübingen, 2022.

² Rinvio sul punto a C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e Diritto privato*, 4, 2010, 1037 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallerini, Milano, 2010, 361 ss.; *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell’U.C.C.I. (Pavia, 5-7 dicembre 2009)*, a cura di F. D’Agostino, Milano, 2012. Tra

pongono di fronte ad una nuova stagione del ‘volontarismo giuridico’, che si esprime in una spiccata tendenza volta a identificare nella volontà dei contraenti il momento essenziale e la regola assoluta del rapporto contrattuale, nonché nell’esigenza di vagliare con la massima cura le condizioni di efficacia della volontà contrattuale, tra cui il pieno adempimento agli obblighi di informazione³.

Emblematici di tale orientamento sono già i ‘Principi di diritto europeo dei contratti’ del 2001, più in particolare, al Cap. II (Formazione del contratto), l’art. 2:101 (Requisiti dell’accordo delle parti): «(1) Il contratto è concluso quando (a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e (b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non è richiesto alcun altro requisito. (2) Né la conclusione né la prova del contratto necessita della forma scritta o di altro requisito di forma. La prova del contratto può essere data con qualsiasi mezzo, compresa la testimonianza».

Alla tutela della libertà contrattuale, intesa come la libertà di scegliere se, a quali condizioni e con chi concludere un contratto, si affiancano oggi le tutele della libertà nelle scelte procreative, di disposizione del proprio corpo, delle terapie mediche, della scelta di ‘fine vita’, efficacemente supportate dalla giurisprudenza della Corte EDU⁴. Il consenso, insomma, è divenuto un principio

la giurisprudenza italiana in materia, segnalo in part. Cass., 13 febbraio 2015, n. 2854; Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751.

³ In Italia, la volontà dei contraenti è stata indicata quale criterio primario di interpretazione del contratto dalla seconda sezione civile della Corte di Cassazione, con ordinanza del 21 luglio 2021, n. 20925.

⁴ In materia, tra la sconfinata letteratura, v. in part., per la giurisprudenza della Corte EDU sugli aspetti qui trattati, sulla legislazione degli Stati membri e per gli orientamenti dottrinali: S. RODOTÀ, *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Ambito*, cit., 169 ss.; *Percorsi tra bioetica e diritto alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Torino, 2010; U. VERONESI, *Il*

cardine dell'ordinamento giuridico, «il fulcro intorno al quale ruotano i diritti della persona, la cui tutela tende a ristrutturarsi sulla scia del modello della libera costruzione della sfera privata intorno al diritto di (auto-)determinare le modalità con le quali deve essere ricostruita la propria identità»⁵.

Si comprende bene che, in questa prospettiva, le indagini sulla volontà si sono rapidamente moltiplicate. E le nuove dinamiche contrattuali, dipendenti dallo sviluppo dei mercati, hanno palesato più marcate esigenze di protezione della volontà del singolo⁶. Soprattutto il novero dei c.d. vizi della volontà – così come recintati tra XIX e XX secolo – appare insufficiente rispetto all'esigenza, diffusamente avvertita, di riconoscere rilevanza giuridica anche ad altre situazioni, non consistenti nel subire inganni o minacce in senso stretto, ma del pari idonee ad incidere sulla sana formazione della volontà, precludendola o limitando l'autodeterminazione della persona; si tratta di situazioni quali lo stato di dipendenza – economica e anche soltanto psicologica – e lo stato di fragilità o vulnerabilità del soggetto autore della volizione. Emergono perciò forti spinte verso il riconoscimento della rilevanza giuridica delle condizioni di fragilità di una parte contrattuale o dell'autore di un atto giuridico. Non si accetta più che l'approfittamento di una condizione di debolezza (mediante la c.d. violenza economica o l'abuso di stati di dipendenza, o forme di circonvenzione che

diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia, Milano, 2011; R. DI MARCO, *Il diritto di autodeterminazione*, Napoli, 2017; P. GRIMALDI, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in *Famiglia*, 3, 2017, 323 ss.; per una efficace sintesi dei diritti della persona nelle scelte di fine vita, M. BARLETTA, *Diritto all'autodeterminazione del paziente nelle decisioni fine vita in Europa: riflessioni a margine della sentenza Mortier c. Belgio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Federalismi.it.*, 2, 2023, 183 ss.

⁵ G. MARINI, *Il consenso*, cit., 362 s.

⁶ Denunziava tali istanze già M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

producano iniquità o squilibri nei patti, o uso e diffusione di dati personali di persone fragili) resti privo di sanzione giuridica: la condizione di fragilità – o vulnerabilità – viene concepita quale prerequisito del condizionamento psicologico.

Da non pochi anni la *quaestio voluntatis* è balzata in primo piano⁷. Le strade da percorrere per rispondere alle nuove esigenze potevano essere molteplici. Produrre interpretazioni estensive della disciplina dei vizi del consenso si è prospettata come un'operazione lunga e molto delicata. In prima battuta, perciò, nei vari campi del sapere si sono approfonditi i presupposti della volizione e del consenso, presupposti che, se non sussistenti, se non sviluppati, e proprio in quanto non sviluppati, si considerano ora tali da escludere l'efficacia o la validità del negozio; il quale verrà inficiato in caso di circostanze in contrasto con il verificarsi dei presupposti di una formazione sana, non viziata della volontà⁸.

Dunque, al fine di implementare il diritto all'autodeterminazione e per realizzare una tutela effettiva della libertà contrattuale, un certo numero di 'nuovi vizi'⁹ della volontà è già stato disciplinato in alcuni ordinamenti giuridici, mentre in altri si trova attualmente in fase di avanzato stato di elaborazione. Alla debolezza, alla fragilità di una parte è stata riconosciuto rilievo giuridico con svariate norme, nazionali e internazionali, che hanno frantumato tanto il solido recinto dei tradizionali vizi della volontà,

⁷ Lo rileva A. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.

⁸ Mi collego così con le riflessioni di F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1959, 29 ss., 219 ss.; per il diritto vigente, B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 46 ss.; A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008, con bibl.; sul tema, resta fondamentale l'impostazione impressa da K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, ed. it. a cura di S. Ventura, Milano, 1966, 32 ss.

⁹ In materia, v. già I. D'ADDARIO, *I nuovi vizi del consenso*, in *I vizi del consenso*, a cura di A. Fasano, Torino, 2013, 259 ss.

tanto il ‘numero chiuso’ degli istituti e delle categorie della tradizione giuridica posti a presidio delle fragilità: rescissione, incapacità naturale e circonvenzione di incapace non colgono alcune situazioni di debolezza del soggetto, situazioni che oggi reclamano un’adeguata tutela. La condizione di grave inferiorità rispetto alle conoscenze, al potere e all’influenza della controparte produce un effetto distorsivo dell’esercizio dell’autonomia privata, cui si avverte l’esigenza di porre rimedio.

Lungo questo – non facile – percorso di riconoscimento di ‘nuovi vizi’ del consenso (o vizi atipici del consenso), non sono mancate manifestazioni di insofferenza verso il nostro assetto codicistico. Il problema della rilevanza giuridica della volontà nel compimento degli atti di autonomia privata, così come inquadrato nel cod. civ. del 1942, viene connesso comunemente con la poderosa costruzione pandettistica, la quale, sulle basi del diritto romano ha definito e perimetrato un ‘numero chiuso’ di difetti nella formazione e nella manifestazione del volere, in relazione con la patologia del negozio giuridico¹⁰. D’altronde, il raggruppamento dei ‘vizi del volere’ costituiva un presupposto indefettibile per l’operazione pandettistica di allestimento del modello operativo della patologia negoziale.

Si è rilevato che tale impostazione muove da una prospettiva alquanto divergente rispetto alle origini romane del dolo e della violenza morale, che i Romani sanzionavano in quanto atti penalmente illeciti, e non alla stregua di comportamenti idonei a viziare il processo di formazione della volontà¹¹. Eppure, la sistemazione dei Pandettisti non risulta in contrasto con le

¹⁰ V. le riflessioni di R. CARDILLI, *Phillip Lotmar e la dottrina dell'errore*, in *Tess. iur.*, 1, 2020, 135 ss.

¹¹ Rinvio, sul punto, alle lucide considerazioni di U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 23, nonché all’ampia trattazione di I. PONTORIERO, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, 2020.

acquisizioni della scienza giuridica romana dell'età imperiale, periodo nel quale invece si inquadrono l'errore, la violenza morale (lo dimostra un passo di Ulpiano conservato in D. 50.17.116) e infine anche il dolo (I. 4.13.1) come elementi distorsivi della volontà e inficanti il consenso¹². Dunque, al riguardo la Pandettistica non ha operato una svolta radicale, rispetto agli approdi della scienza giuridica romana¹³. Senza dubbio, i Pandettisti ambivano ad una costruzione funzionale al trionfo dell'allora imperante dogma del volontarismo, e in particolare del 'volontarismo giuridico', implicante il primato della volontà nel diritto, e quindi il riconoscimento della volontà quale fondamento degli effetti giuridici dell'atto di autonomia¹⁴. Comunque sia, i recinti eretti sul finire dell'Ottocento si sono infranti con l'avvento della rilevanza delle fragilità umane nell'orbita giuridica: l'approfittamento di condizioni di vulnerabilità, di stato di dipendenza economica e di stato di dipendenza psicologica sta configurando in Europa (parzialmente sulla scorta di soluzioni individuate al di fuori dell'Europa¹⁵) una serie di 'nuovi vizi' del volere.

Nell'ambito delle numerose problematiche legate alla volontà dell'autore degli atti di autonomia, mi è parso utile approfondire il tema della volontà dei soggetti fragili, prendendo le mosse dalla

¹² I. PONTORIERO, *I vizi*, cit., 3 ss., 51 ss., invece attribuisce ai giuristi romani l'acquisizione della consapevolezza che l'errore (e soltanto l'errore, non anche la violenza morale) costituiva un elemento distorsivo della volontà.

¹³ Tanto si rileva attraverso la disamina dei passi citati nel testo da U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., 483 ss.

¹⁴ Lo sottolinea T. DALLA MASSARA, *Prefazione* a F. BANG, *Falsa demonstratio*, 1916, trad. it., Pisa, 2021, 8.

¹⁵ Emblematica la trattazione di A. ALPINI, *I vizi del consenso fra contratto e trattamento dei dati: la riconoscibilità dell'errore*, in *Lacittadinanzaeuropea online*, 2, 2022, 39 ss.

categoria che, in questo ambito, per prima si è affacciata sulle soglie del diritto: la vulnerabilità.

2. ‘Vulnerabilità’, una nozione incerta

Quali sono i soggetti vulnerabili? E qual è la rilevanza giuridica della vulnerabilità? Una risposta chiara e univoca ad oggi manca. In via preliminare, si pone infatti il problema di addivenire ad un preciso significato di ‘vulnerabilità’, concetto che presenta ancora, in qualche misura, il carattere dell’indeterminatezza, per la sua natura polisemica e astratta¹⁶. La ragione per cui l’elasticità dei contorni di questa fattispecie risulta difficilmente contenibile è che la vulnerabilità non è nata come una categoria giuridica, bensì nell’ambito del dibattito etico-filosofico e politico¹⁷.

Al di fuori dell’ambito giuridico, ‘vulnerabilità’ è un termine che evoca una condizione di inadeguatezza dell’essere umano, una condizione legata al concetto di ferita, di lesione fisica e psicologica¹⁸. *Vulnerabilis* è la persona che può essere con facilità ferita, attaccata, ed è perciò potenzialmente esposta al rischio¹⁹.

Il collegamento ormai da tempo effettuato tra i concetti di ‘rischio’ e di ‘vulnerabilità’ si ritiene attualmente essenziale: il termine vulnerabilità, di per sé, è troppo generico, ma il suo accostamento al ‘rischio’ consente di specificare situazioni e

¹⁶ Ampia trattazione in *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018.

¹⁷ Sui cui contenuti si rinvia a M. FINEMANN, *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, 2013; *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit.; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021.

¹⁸ V. sul punto B. PASTORE, *Semantica*, cit., 1 ss.

¹⁹ V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in *DPCE Online*, 42.1, 2020, 661 ss.

contesti, dando concretezza alle differenze²⁰. È dagli anni Ottanta del Novecento che la sociologia ha puntato l'attenzione su questo tema, a seguito della pubblicazione, nel 1986, di 'Risikogesellschaft', opera in cui Ulrich Beck rappresentava il rischio come un carattere strutturale e globale della contemporaneità, a causa della imprevedibilità e dei pericoli conseguenti (per la salute e per l'ambiente) ad alcuni cicli produttivi²¹: un tema, questo, poi ripreso e sviluppato da Niklas Luhman, il quale però, nel differenziare il 'pericolo' (generica esposizione alle incertezze) dal 'rischio' (il possibile verificarsi di danni cagionati dai processi decisionali caratterizzanti i sistemi sociali), apre alla riflessione sul 'rischio' legato all'aumento delle differenze (di ricchezze e di *status*) tra individui, che i moderni sistemi sociali tendono ad acuire²². La vulnerabilità rende 'asimmetrico' il rischio prodotto dai sistemi sociali (mentre il rischio prodotto dai cicli produttivi è 'democratico', nella misura in cui investe tutti, a prescindere dalla posizione sociale), perché vi sono soggetti, o categorie, o gruppi più esposti o maggiormente incapaci di contenere i fattori di rischio o di reagire ad essi (resilienza). Il sociologo è pertanto chiamato a riflettere, in termini di politiche sociali, tanto sui fattori da cui insorge il rischio, tanto su ciò che rende individui o gruppi vulnerabili, perché più esposti al rischio²³.

In ambito filosofico, il tema della vulnerabilità è affiorato nella seconda metà del Novecento, in concomitanza con la

²⁰ M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità, rischio e diritti umani tra riflessione sociologica e diritto internazionale*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 3, 2021, 1 ss., in part. 21.

²¹ U. BECK, *La società del rischio. Verso una nuova modernizzazione*, trad. it. di W. Provitera, Roma, 2000.

²² N. LUHMANN, *Technology, Environment and Social Risk. A System Perspective*, in *Industrial Crisis Quaterly*, 4, 1990, 223 ss.; ID., *Inklusion und Exclusion*, in *Soziologische Aufklärung*, VI. *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, 1995, 237 ss.

²³ Così H. FORBES-MEWETT, K. NGUYEN-TRUNG, *Vulnerability in a Mobile World*, Bingley, 2019, 9; M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 8.

positivizzazione dei diritti umani, dopo la caduta dei regimi totalitari, e con la diffusione della ferma convinzione di dovere porre argini ai *vulnera* idonei a compromettere la vita e la dignità degli individui²⁴. Si colloca in questi scenari la comparsa dell'etica della responsabilità, posta da Hans Jonas al centro della sua opera: l'agire responsabile si innesta in una ineludibile dimensione etica, che induce a percepire la vulnerabilità insita nella natura²⁵. Nel 2004, la filosofa statunitense Judith Butler guarda piuttosto alla vulnerabilità come condizione anche 'corporea' degli esseri umani, in dimensione relazionale: gli individui sono tutti ugualmente esposti alle violenze e alle ferite inflitte dall'altro²⁶. Ma già nel 2002 il sociologo italiano Costanzo Ranci aveva affermato che la vulnerabilità identifica una situazione di vita caratterizzata da una fragilità sociale che espone a subire, nel caso in cui si verificano situazioni problematiche, conseguenze particolarmente negative e dannose²⁷.

L'autrice che oggi si ritiene avere dato maggiore spessore e dignità teorica al concetto di vulnerabilità è la giurista statunitense Martha Fineman, che, sulle orme di Butler, asserisce la vulnerabilità dell'intero genere umano, ma isola emergenze situazionali, graduandole in tre differenti livelli ed invocando un intervento politico e giuridico statutale, di supporto²⁸. Con la trattazione della

²⁴ A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale*, in *Etica & Politica*, 21.3, 2019, 255 ss., in part. 257 s.; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 14.

²⁵ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), trad. it. di P.P. Portinaro, Torino, 1993.

²⁶ J. BUTLER, *Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza* (2004), trad. it. di O. Guaraldo, Milano, 2013, 46 ss.

²⁷ C. RANCI, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 2002, 521 ss.

²⁸ M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20.1, 2008, 1 ss.; EAD., *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, 60.2, 2010, ora, con il titolo *Il soggetto*

Fineman il concetto di vulnerabilità è entrato a fare parte del patrimonio concettuale delle scienze sociali (sociologia e diritto), operando un ribaltamento delle prospettive tradizionali: la vulnerabilità dell'essere umano ha messo in luce la fallacia dell'idea del 'soggetto autonomo', collegato con il principio moderno di uguaglianza, ma ricavato dall'immagine romana del *pater familias*: mentre il 'soggetto astratto' medio è autosufficiente, capace di badare da sé ai propri interessi, e quindi richiede una struttura istituzionale 'leggera' e un ruolo minimale delle politiche pubbliche²⁹, l'idea di un soggetto (strutturalmente) fragile chiama lo Stato ad intervenire massicciamente, per sopperire alle vulnerabilità di individui e gruppi, portando soccorso e supporto. Nella prospettiva di Fineman, dunque, la vulnerabilità è una caratteristica umana che promuove un rapporto tra Stato e individuo, basato sulla responsabilità.

Così, seguendo una dinamica tutt'altro che nuova nei processi di formazione del diritto, la categoria della vulnerabilità, mutuata dalla sociologia e dalla filosofia, ha avuto ingresso nelle politiche pubbliche e nell'orbita della giuridicità, in veste di 'ethical foundation'. Inizialmente, l'idea portata avanti da Fineman, di un carattere universale della vulnerabilità, afferente ad ogni essere umano, ha reso il concetto di fragilità alquanto indistinto e soprattutto «inefficace dal punto di vista delle scelte politiche e delle relative opzioni normative»³⁰. Mentre una volta collegato il

vulnerabile e lo Stato Responsabile, in *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, a cura di M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo e L. Re, Roma, 2018, 141 ss.

²⁹ In linea «con le spinte de-regolative che hanno caratterizzato la concezione del ruolo dello Stato» a partire dagli anni Ottanta del Novecento: M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 1 ss., specialm. 3, sulle orme di M. FERRERA, *Le politiche sociali*, Bologna, 2006, 27 ss.

³⁰ M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 11.

concetto di vulnerabilità con quello di ‘rischio’³¹ – come già accennato e come meglio vedremo a breve – la vulnerabilità ha acquisito concretezza, richiamando e reclamando l’attenzione della politica e del legislatore. E in stretta connessione con questi recenti orientamenti, svariati campi del sapere hanno rivolto la loro attenzione alle nozioni di fragilità e vulnerabilità, generando una vera e propria ‘teoria della vulnerabilità’³².

3. *Vulnerabilità e diritto*

Vediamo allora cosa si intende oggi per ‘vulnerabilità dell’essere umano’, nella dimensione giuridica.

Sul finire del XX secolo, le situazioni vulnerabili hanno attirato l’attenzione degli organismi internazionali, dei legislatori e dei giudici, ritenendosi la vulnerabilità meritevole di un più incisivo – rispetto al passato – riconoscimento giuridico. Si è così rapidamente diffusa la consapevolezza che la negazione di un tale riconoscimento comporterebbe una degradazione del valore della persona, umiliazione, offesa alla sua dignità ed esclusione sociale. In base a queste considerazioni, sullo scorcio del Novecento la vulnerabilità è stata perciò assunta come un dato giuridicamente

³¹ Il concetto di rischio in connessione con la vulnerabilità si è sviluppato tardi nel pensiero sociologico, e cioè alla fine del XX secolo, nell’ambito del dibattito sulla ‘risk society’ (Risikogesellschaft, nel lessico adottato nel 1986 da Ulrich Beck), profilatasi con i mutamenti economici, sociali e demografici: per la vulnerabilità come nuovo ‘rischio sociale’, v. C. RANCI, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 43.4, 2002, 521 ss.; v. anche A. BAGNASCO, P. GIOVANNINI, Discussione su ‘La società del rischio. Verso una seconda modernità’ di Ulrich Beck, in *Stato e Mercato*, 3, 2001, 513 ss.

³² Di cui una delle più note esponenti è Martha Fineman, la quale considera la vulnerabilità come una condizione ontologica dell’essere umano, per la sua corporeità: M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, cit., 8 ss.

rilevante «e performativo di una nuova produzione normativa, sia nazionale che (soprattutto) internazionale»³³.

Come si accennava, ad assumere un ruolo fondante della risposta istituzionale e nell'approntamento delle tutele sono soprattutto il principio di inviolabilità della dignità umana, accolto anche dalla CEDU, e, per alcuni, il principio di autodeterminazione. Il diritto assume una nozione di vulnerabilità intesa non come la generica debolezza dell'intero genere umano, bensì come la particolare suscettibilità di soggetti che, a causa della loro scarsa capacità di fronteggiare gli eventi e di reagire, risultano sovraesposti a rischi di abusi e di approfittamenti. Nel complesso, vulnerabili sono le persone cui non necessariamente fanno difetto i requisiti astratti della capacità di intendere e di volere³⁴ (pensiamo alle persone bisognose di amministrazione di sostegno), ma che – transitoriamente o stabilmente – versano in una particolare condizione di suscettibilità. Possiamo dunque affermare che la vulnerabilità giuridicamente rilevante nasce dalla combinazione congiunta di tre caratteristiche: l'esposizione della persona al rischio di subire un danno; la carenza, nel soggetto, di risorse per evitare il danno; la mancanza, nel soggetto, di resilienza, ovvero di risorse per reagire al danno qualora questo si concretizzi³⁵. La volontà dei soggetti vulnerabili risulta spesso una volontà affievolita o distorta, perché frutto spesso di squilibri di potere, dunque di influenze e suggestioni condizionanti. Da questo punto di vista, la condizione soggettiva di 'vulnerabilità' genera un terzo polo, rispetto alla tradizionale dicotomia 'libera

³³ M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 23.

³⁴ Sull'amministrazione di sostegno in connessione con il concetto di vulnerabilità: CH. CROSETTA, *Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo*, in *DCPE Online*, 42.1, 2020, 71 ss.

³⁵ Così, lucidamente, J. HERRING, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Oxford, 2018, 9 ss.

scelta³⁶/coercizione³⁶. Ed è per queste ragioni che il diritto riconosce rilevanza alle fragilità quando occorra operare un riequilibrio delle posizioni soggettive, porre rimedio alle asimmetrie di potere, che esso sia di natura contrattuale, economica, informativa etc., in forza dei principi di non discriminazione e di rispetto della dignità umana. Si tratta perciò, necessariamente, di tutele dislocate su vari livelli, riconducibili a rapporti pubblici e/o privati, in massima parte ancora privi di regole omogenee.

Una volta fatto il punto sui caratteri giuridicamente rilevanti della vulnerabilità, una rapida scorsa delle discipline approntate in materia non può prescindere dalla considerazione preliminare che la regolamentazione giuridica delle fragilità o vulnerabilità, in quanto collocata nell'ampio orizzonte dei diritti della persona, si è formata, e si va ancora progressivamente definendo, nell'ambito del processo di internazionalizzazione dei sistemi di protezione e di riconoscimento dei diritti³⁷.

Nel campo del diritto, il primo documento in cui si è menzionata la vulnerabilità in veste di 'principio' (in connessione con i principi di autonomia, integrità e dignità) è la Dichiarazione di Barcellona del 1998 (Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw, adottata nell'ambito del Progetto BIOMED II)³⁸. E' stato da quel momento, sulla base della Dichiarazione di

³⁶ Lo mette in evidenza A. SCIURBA, *Vulnerabilità, consenso, responsabilità: alcuni casi di grave sfruttamento lavorativo e tratta delle donne migranti in Italia*, in *Cosmopolis*, 13.2, 2016, sez. 'Schiavitù contemporanee', consultabile online.

³⁷ In tema, v. ora P. SCARLATTI, *Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 5, 2024, 68 ss., in part. 71 s.

³⁸ Obiettivo di tale Dichiarazione era un rinnovamento delle logiche bioetiche, fondato sulla consapevolezza della fragilità dell'esistenza umana: P. KEMP, J.D. RENDTORFF, *The Barcelona Declaration. Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles*, in *Synthesis Philosophica*, 46.2, 2008, 239 ss.

Barcellona del 1998, che il fatto-vulnerabilità è stato elevato a ‘principio’; e nonostante le forti critiche levatesi contro questo inquadramento³⁹, in breve tempo il ‘principio vulnerabilità’ si è fortemente radicato nel campo del diritto, divenendo base delle politiche pubbliche, fino al punto da essere proposto, in dottrina, addirittura quale principio-guida nell’interpretazione delle norme di diritto internazionale dei diritti umani⁴⁰.

Alcune situazioni di vulnerabilità sono attualmente tutelate da carte internazionali e, nel contesto europeo, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, ma non ancora dalla maggior parte dei diritti interni degli Stati membri. È per supplire a questo deficit che la CGUE si pone come supervisore dei doveri dei singoli Stati membri nel riconoscimento giuridico della vulnerabilità⁴¹.

In definitiva, la categoria della ‘vulnerabilità’ ha fatto ingresso nel lessico del diritto statale, e soprattutto internazionale e sovranazionale, nella generica accezione sopra illustrata. Sullo scorcio del Novecento, organismi internazionali, legislatori e giudici hanno assunto l’impegno di proteggere e promuovere l’autonomia, la libertà, la dignità e l’autodeterminazione degli individui, rispetto alle minacce per la realizzazione personale⁴².

³⁹ V. soprattutto la discussione in G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008; E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2019, 155 ss., in part. 162; anche B. PASTORE, *Semantica*, cit., 37, sottolinea che la vulnerabilità non è un principio, bensì un fatto, una condizione che può assumere rilevanza normativa.

⁴⁰ In questo senso F. IPPOLITO, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2019, 63 ss.; A. PANAGGIO, *Prospettive relazionali di vulnerabilità. Lo svuotamento dei diritti umani in contesti sociali vulnerabili*, in *Heteroglossia*, 19, 2023, 19 ss.

⁴¹ A. DE GIULI, *Sul concetto di ‘vulnerabilità’ secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Diritto penale e uomo*, 10, 2020, 1 ss., consultabile online.

⁴² E. FERRARESE, *Il geometra e i vulnerabili. Sugli usi del concetto di vulnerabilità nelle scienze sociali*, in *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, cit., 271 ss., in part. 286 ss.; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 5.

Laurence Burgorgue-Larsen osserva che ad introdurre la nozione di vulnerabilità nella sfera giuridica sono stati i legislatori⁴³. Ma questa affermazione trova un riscontro soltanto parziale.

In materia di ‘vulnerabilità’, infatti, la normazione più cospicua si è prodotta, almeno nella fase iniziale, sul piano della tutela internazionale dei diritti umani dei rifugiati e dei migranti. Gli interventi registratisi nell’ambito del diritto internazionale in massima parte non risultano però vincolanti per i singoli Stati, non essendo suscettibili di ratifica; e si pongono pertanto come mere regole di soft law⁴⁴. Inoltre, le carte internazionali manifestano una notevole eterogeneità in materia, non soltanto con riguardo alla individuazione dei soggetti meritevoli di particolare protezione, ma anche per la concezione di vulnerabilità, di volta in volta attinta. In particolare, tutt’altro che pacifica è la qualifica del migrante come ‘persona vulnerabile’⁴⁵: sul piano internazionale, il migrante non è considerato come persona «inherently vulnerable» (OHCHR 2018): lo può divenire solo in particolari situazioni, che si rinvencono in tutti i rifugiati e nei migranti irregolari (sans papier) richiedenti asilo, i migranti vittime di traffico transfrontaliero di esseri umani o di sfruttamento lavorativo. Ma il concetto di migrants in vulnerable situations è in continua ridefinizione in termini di ampliamento, perché ormai posto in connessione con la nozione di ‘rischio’ (esposizione all’accresciuto rischio di violenze e abusi e/o al rischio di subire violazione dei diritti umani).

Si deve guardare agli anni immediatamente successivi alla su citata Dichiarazione di Barcellona del 1998 per intravedere i segnali della svolta: sulla base dei Protocolli addizionali alla convenzione

⁴³ L. BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire*, in *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, dir. da L. Burgorgue-Larsen, Paris, 2014, 237 ss.

⁴⁴ Il dato è bene messo in evidenza in *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, ed. by S. Lagoutte, Th. Gammeltoft-Hansen and J. Cerone, Oxford, 2016.

⁴⁵ M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 15 ss., con altra bibl.

di Palermo, (c.d. Protocollo trafficking, del 2000, e c.d. Protocollo smuggling, del 2001), volti alla repressione del fenomeno del traffico di esseri umani, la nozione di vulnerabilità ha assunto una valenza del tutto particolare nella delicata materia della libertà contrattuale: il consenso del migrante allo spostamento deve ritenersi insussistente, perché estorto e viziato, in caso di ‘tratta’ (trafficking in persons), perché consistente in un reclutamento, trasporto, trasferimento e accoglienza di persone tramite l’impiego o la minaccia dell’impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, inganno, frode, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità.

Ulteriori passi in avanti si sono fatti con l’art. 8 della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani, approvata dalla Conferenza Generale dell’Unesco il 19 ottobre 2005, in cui si è affermato un importante principio: «Nell’applicazione e nell’avanzamento della ricerca scientifica, della pratica medica e delle tecnologie associate, si deve tenere in considerazione la vulnerabilità della persona umana. Gli individui e i gruppi in situazione di particolare vulnerabilità devono essere protetti e l’integrità personale di tali individui dovrà essere rispettata»⁴⁶. Ancora nel 2005, il Commentario esplicativo della Convenzione del Consiglio d’Europa ha fornito una definizione – ancorché alquanto ampia – dell’abuso della condizione di vulnerabilità, come legata a fattori pure psicologici, emozionali, anche legati a dinamiche delle relazioni familiari⁴⁷.

Un importante punto di snodo è stato poi costituito dalla Direttiva 2011/36/UE (c.d. Direttiva anti-tratta), sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime: all’art. 2 par. 2 si precisa: «Per posizione

⁴⁶ V. al riguardo B. PASTORE, *Semantica*, cit., 5 s. e nt. 16.

⁴⁷ *Explanation Report to the Convention*, parte II, par. 83, consultabile online (www.rm.coe.int).

di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». E definisce «irrilevante» (art. 2 par.4) il consenso in presenza di una violazione dei diritti fondamentali, quale appunto lo sfruttamento dell'essere umano. In attuazione di tale direttiva, in Italia, con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, nel secondo comma dell'art. 600 cod. pen., è stata inserita la menzione dell'«approfittamento di una situazione di vulnerabilità», quale elemento significativo della riduzione o del mantenimento di un essere umano in stato di soggezione⁴⁸.

Nel 2006, la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) all'art. 12, nell'ambito di uno dei tentativi più dignificativi di positivizzare la vulnerabilità⁴⁹, ha posto l'obbligo per le autorità statali di adottare tutte le misure di sostegno necessarie affinché i soggetti disabili, in tutti gli aspetti della vita, possano esercitare pienamente la loro legal capacity, ed ottenere efficaci salvaguardie al fine di prevenire abusi della volontà e ostacoli all'autodeterminazione⁵⁰. Ma i singoli Stati hanno ottemperato soltanto in parte.

Il 31 maggio 2023 la Commissione Europa, sulla base giuridica dell'art. 81 TFUE, ha presentato due proposte volte ad armonizzare le norme di diritto internazionale privato in materia di accrescimento della tutela degli adulti fragili, che abbiano raggiunto la maggiore età, ma non siano in grado di provvedere da sole ai propri interessi. Tali soggetti in Italia ricevono un'amministrazione di sostegno (in Germania l'avvio della Betreuung, in Francia di una

⁴⁸ Ho qui riprodotto quanto già segnalato in L. SOLIDORO, *La 'nuova schiavitù' e i trafficanti di esseri umani: un'area opaca disegnata dalla storia*, in TSDP – NS, 2022.

⁴⁹ Lo sottolinea B. PASTORE, *Semantica*, cit., 25.

⁵⁰ Sull'art. 12, M.G. BERNARDINI, *L'ambigua capacità. Riflessioni minime sulla rinovata attualità di un dibattito e primi tentativi di chiarificazione concettuale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 20.1, 2020, 43 ss.; M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 14, con altra bibl.

curatelle). Numerosi ordinamenti consentono agli interessati, se dotati di capacità di intendere e di volere, di effettuare atti negoziali o di concludere contratti intesi ad organizzare in anticipo la loro futura protezione, dando a loro fiduciari mandati o idonee procure (Vorsorgevollmacht in Germania, mandat de protection future in Francia, enduring power of attorney in Irlanda).

Fondamentale e incisivo, per fissare modalità e criteri di tutela dei soggetti vulnerabili negli ordinamenti interni, è stato l'apporto delle Corti internazionali.

A partire dal 2002, la Corte interamericana dei diritti umani⁵¹, collegando direttamente le situazioni di vulnerabilità alla dignità delle persone umane, ha precisato che ad ogni Stato spetta adottare misure positive, occupandosi dei due fondamentali profili operativi: le politiche di sviluppo della resilienza (capacità di resistenza e di recupero) dei fragili e la gestione dei rischi esterni⁵². Gli interventi in materia di vulnerabilità hanno poi assunto caratteri molto variegati, nei diversi Stati. Negli Stati Uniti, il concetto di vulnerabilità ha assunto una valenza prettamente politica, legata all'esigenza di superare l'uguaglianza formale attraverso l'attivazione di strategie inclusive, nei processi sociali, di gruppi potenzialmente discriminati⁵³: l'uguaglianza formale di accesso non consente più di mantenere le differenze determinate dalla nascita, proprie delle società antiche, e impone viceversa di spostare l'attenzione sulle capacità dell'individuo, dunque su criteri meritocratici⁵⁴.

⁵¹ Sulle cui pronunce in tema di vulnerabilità rinvio a V. LORUBBIO, *La tutela*, cit., 662, 673 ss.

⁵² Esplicito, al riguardo il richiamo della Commissione europea, *The EU approach*, cit.

⁵³ Sul punto, M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 3 s.

⁵⁴ T. PARSONS, *An Analytical Approach to the Theory of Social Stratification*, in *American Journal of Sociology*, 45.6, 1940, 841 ss.; ID., *A Revisited Analytical Approach*

Per quanto concerne l'Europa, nella direzione indicata dalle Carte internazionali, anche i giudici di Lussemburgo e di Strasburgo hanno cominciato a maneggiare la categoria della 'vulnerabilità' nella direzione indicata dalle Carte internazionali, definendo, con un approccio più concreto, i limiti e l'ambito d'uso di questo concetto⁵⁵. Determinante, nella definizione giuridica della vulnerabilità nel contesto europeo è risultata la riflessione sociologica sul concetto di 'rischio', sviluppatasi nel corso degli Ottanta del Novecento nell'area mitteleuropea⁵⁶. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha fatto spesso ricorso alle categorie della fragilità e vulnerabilità: come molto significative vanno ricordate le pronunce sui diritti dei consumatori di prodotti di tabacco, sul diritto al ricongiungimento familiare, sulla posizione delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale⁵⁷. Pur non definendo mai in modo univoco le nozioni di fragilità e di vulnerabilità, di volta in volta in volta i giudici di Lussemburgo hanno messo in rilievo i fattori che, sebbene non costituiscano categorie tassative, danno luogo alla vulnerabilità dell'individuo in tre ambiti: sociale, economico, ambientale.

Ed è ancora in ambito europeo che nel 2012 sono stati individuati con più precisione gli elementi che determinano la rilevanza giuridica della vulnerabilità⁵⁸, distinguendo i fattori interni (caratteristiche intrinseche al soggetto, atte a determinarne la

to the Theory of Social Stratification, in *The Frontiers of Social Science: in Honour of Radhakamal Mukerjee*, London, 1955, 115 ss.

⁵⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité*, cit., 237 ss.; M. VIRGILIO, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit., 161 ss.; A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 5.

⁵⁶ Fondamentale, al riguardo, l'opera (cui sopra si è fatto cenno) del sociologo tedesco Ulrich Beck U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

⁵⁷ Dati in P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 80 s.

⁵⁸ A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 2 s.

fragilità, cioè la scarsa capacità di affrontare dati eventi) dai fattori esterni (contesti implicanti una maggiore esposizione al rischio di soffrire un pregiudizio)⁵⁹. La vulnerabilità, in altri termini, presenta tanto una dimensione esterna (l'esposizione al rischio), tanto una dimensione interna (inadeguata capacità di affrontare il rischio)⁶⁰. Precisazioni, queste, senz'altro opportune, perché, se è vero che proprio la versatilità del concetto di vulnerabilità ha consentito un suo largo impiego per giuridificare fattispecie anteriormente prive di rilevanza giuridica, è pur vero che l'applicazione di detta categoria in ambito giuridico comporta la necessità di perimetrarne la semantica.

La protezione giuridica della vulnerabilità si è affermata anche grazie alla giurisprudenza della Corte EDU. Sebbene nel testo della CEDU manchi un riferimento esplicito alla vulnerabilità, i giudici di Strasburgo, a partire dagli ultimi anni del Novecento, hanno in più occasioni affrontando la materia, intervenendo in materia di garanzie processuali, di obblighi positivi degli Stati membri, innanzitutto distinguendo le categorie di individui vulnerabili sul piano sia fisico, sia psicologico (tali per qualità intrinseche, come i bambini, le donne vittime di violenze etc.) dai 'gruppi vulnerabili' per ragioni etniche e culturali (in ordine ai quali opera una presunzione generalizzata di vulnerabilità)⁶¹.

Va infine osservato che, in Europa, l'ingresso dei concetti di fragilità e di vulnerabilità nella sfera giuridica ha prodotto un impatto di notevole rilievo nella sfera privatistica, e segnatamente nella materia contrattuale, generando l'esigenza di rafforzare in

⁵⁹ In questi termini, la Commissione europea, *The EU approach to resilience learning from food security crises*, 2012, 5, su cui A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 3.

⁶⁰ D. MORONDO TARAMUNDI, ¿Un nuevo paradigma par la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016, 205 ss., in part. 209.

⁶¹ Dati in P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 74 ss.

concreto il principio di libertà contrattuale e di puntare l'attenzione sulla volontà del soggetto vulnerabile.

4. *I soggetti vulnerabili*

Quali sono, allora, i soggetti o i gruppi vulnerabili?

Al 2008 risale una definizione dei 'soggetti vulnerabili', contenuta nelle Regole di Brasilia riguardanti l'accesso alla giustizia per le persone vulnerabili⁶²: sono vulnerabili le persone che «per motivi di età, genere, stato fisico o mentale o per circostanze sociali, economiche, etniche e/o culturali, trovano particolarmente difficile esercitare pienamente i loro diritti davanti al sistema giudiziario così come riconosciuto loro dalla legge». Possono pertanto costituire causa di vulnerabilità «l'età, la disabilità, l'appartenenza a comunità o minoranze indigene, la persecuzione, la migrazione e lo sfollamento interno, la povertà, il genere e la privazione della libertà».

La questione della soggettività vulnerabile ci indirizza verso categorie di persone assai eterogenee⁶³, al cui interno possiamo annoverare, a titolo meramente esemplificativo, i malati, i disabili⁶⁴, bambini e adolescenti, gli anziani, i poveri, i detenuti e gli internati,

⁶² Tali Regole sono state approvate nel XIV Judicial Summit Iberoamericano, tenutosi a Brasilia dal 4 al 6 marzo 2008, e sono consultabili online, sul sito www.osce.org/odihr/68082?download=true. I passaggi sopra riportati si trovano alla pag. 5. La definizione in oggetto viene riportata da V. LORUBBIO, *La tutela*, cit., 662.

⁶³ Per una definizione della fragilità umana giuridicamente rilevante, v. già M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 1, 1999, 25 ss.; in ambito europeo, e con specifico riferimento ai giudici della corte di Strasburgo, rileva la trattazione di V. LORUBBIO, *Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU*, in *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2020, consultabile online.

⁶⁴ M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto: itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, 2016, 134 ss.

le persone ridotte o mantenute in stato di schiavitù (c.d. nuove schiavitù), i profughi e i rifugiati, i migranti privi di mezzi di sostentamento (OHCHR 2018), le vittime di traffico transfrontaliero di esseri umani, per certi aspetti e in certe condizioni le donne (puerpere, gestanti, in periodo di allattamento)⁶⁵, le vittime di violenze e di discriminazioni di vario genere, le vittime di disastri ambientali.

Va sottolineato che gli elenchi dei soggetti vulnerabili contenuti nelle Carte internazionali presentano non poche variazioni. Inoltre, secondo interpretazioni più largheggianti, rientrano nel novero dei vulnerabili tutti coloro che, per altre ragioni che si stanno progressivamente precisando, risultano facilmente condizionabili e suggestionabili. Si pensi ai ‘consumatori’ che concludano contratti sui siti Internet, i quali ormai comunemente sono ritenuti vulnerabili per la loro stessa condizione (in ragione di fattori esclusivamente esterni, idonei ad indurre chiunque in errore, quali la difficoltà di accesso ad alcuni siti Internet, la difficoltà di individuare con precisione il luogo di compimento degli atti richiesti per la conclusione del contratto etc.), ai risparmiatori, alle imprese di ridotte dimensioni⁶⁶. Sotto lo stesso profilo vengono ora

⁶⁵ *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, ed. by C. Mackenzie, W. Rogers and S. Dodds, Oxford, 2014. Per l’ampliamento ad alcune condizioni femminili, si v. l’art. 17 del d.lgs. n. 142 del 18 agosto 2015 (Attuazione della Direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della Direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale), su cui ampio commento in *I soggetti vulnerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, a cura di I. Fanlo Cortés e D. Ferrari, Torino, 2020.

⁶⁶ Sull’incremento di forme di protezione speciale di soggetti fragili, v. soprattutto *La tutela dei soggetti ‘deboli’ tra diritto internazionale dell’Unione Europea e diritto interno. Seminari di alta formazione. Imperia, ottobre-novembre 2011*, a cura di A.M. Benedetti, L. Carpaneto e I. Queirolo, Roma, 2012; A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 9 s.; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 76.

valutate le attività di trattamento di dati personali che riguardano interessati vulnerabili (cioè trattamenti di dati che coinvolgono soggetti fragili, o vulnerabili): sussiste un obbligo di protezione dei loro dati (mediante valutazione d'impatto e di rischi, e attivazione di misure di sicurezza e garanzia atte a riequilibrare la posizione di svantaggio e di asimmetria informativa degli interessati vulnerabili coinvolti, nei confronti della posizione del titolare del trattamento), in considerazione del fatto che tali soggetti possono non essere in grado di esercitare efficacemente i loro diritti, e nella specie possono non essere in grado di acconsentire o di opporsi in modo deliberato e consapevole alle attività di trattamento svolte sui loro dati personali⁶⁷.

Come è evidente, quando si parla di fragilità o di vulnerabilità, con riguardo alla condizione degli esseri umani (non ci soffermiamo qui sulla figura dei 'luoghi vulnerabili'), si fa riferimento ad una categoria dai contorni molto sfocati, ad una categoria 'aperta' di cui si registra in costante allargamento⁶⁸, anziché una tendenza alla perimetrazione: si parla già, infatti, di 'nuove vulnerabilità' ai fini della tutela della dignità e della privacy delle persone (in relazione alla diffusione sul web di immagini di minori o di vittime di abusi sessuali, nonché alla diffusione di notizie relative alla vita sentimentale degli indagati e degli imputati nei processi penali). Riuscire ad individuare una categoria unitaria e circoscritta di vulnerabilità, nel contesto legale, è attualmente impossibile⁶⁹.

⁶⁷ E. MELIGRANA, G. SCORZA, *La privacy degli ultimi*, Soveria Mannelli (CZ), 2022.

⁶⁸ La dilatazione del concetto di approfittamento dello stato di vulnerabilità viene teorizzata dal filosofo francese Alain Supiot. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2015, 385 ss.

⁶⁹ Tanto viene rilevato da H. BIGGS, C. JONES, *Legally Vulnerable: What is Vulnerability and Who is Vulnerable?*, in *Law and Global Health: Current Legal Issues*, XVI, ed. by M. Freeman, S. Hawkes and B. Bennet, Oxford, 2014, 133 ss.

Con riferimento alla ‘inafferrabilità’ della qualificazione del ‘soggetto vulnerabile’, è stato rilevato che i concetti di fragilità e vulnerabilità si precisano guardando alla specificità della persona, dei suoi interessi, delle sue esigenze, del contesto in cui vive: un approccio, questo, che si rivela poco compatibile con il dogma del ‘soggetto unico di diritto’ –il ‘soggetto astratto e indifferenziato’–, determinando viceversa una «esplosione del molteplice»⁷⁰.

L’ingresso nell’orbita giuridica del ‘soggetto frammentato’ è gravido di conseguenze. La teoria della vulnerabilità afferma una visuale pluralista, contro quella assimilazionista del ‘soggetto unico di diritto’. Infatti la vulnerabilità si percepisce e prende corpo nel momento in cui si guarda alla specificità dell’essere umano, in una valutazione concomitante del ‘soggetto astratto’ (espresso nella categoria giuridica) con la persona concreta⁷¹. Così, «la debolezza intrinseca del soggetto vulnerabile si sostituisce ad una concezione idealizzata del soggetto di diritto paradigmatico»⁷². Almeno allo stato attuale della normazione internazionale e dei diritti interni, la vulnerabilità implica di ragionare non su categorie, ma su stati di fatto, situazioni e contesti⁷³; la tutela delle vulnerabilità esige pertanto una disciplina giuridica che non neghi le differenze, ma che, al contrario, le esalti: il soggetto fluido⁷⁴, proprio del riferimento alla vulnerabilità, allontana da categorie specifiche e

⁷⁰ L’espressione è di B. PASTORE, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit., 127 ss.

⁷¹ Così P. STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità. Relazione del Presidente 2020*, Roma, 2 luglio 2021, 3 ss., specialm. 43 ss., consultabile online su www.gdpd.it.

⁷² M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 10 s., sulle orme di E. SANTORO, *Vulnerabilità tra politica e testi normativi: un linguaggio nuovo per dire cose vecchie o un nuovo strumento teorico*, in *La vulnerabilità come metodo*, a cura di A. Furia e S. Zullo, Roma, 2020, 141.

⁷³ Così M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 23.

⁷⁴ Su cui v. P. ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, 113 ss.

vincola viceversa i diritti a situazioni relazionali e di contesto. In questa visuale, si rifiuta l'idea di un 'soggetto vulnerabile' stereotipato e qualificato mediante la differenziazione rispetto al soggetto paradigmatico, cioè al soggetto giuridico standard (sulla base della dicotomia forza/debolezza, autonomia/dipendenza), per ricercare piuttosto la vulnerabilità, la sovraesposizione ai rischi, della persona concreta⁷⁵.

È chiaro, però, che questa istanza, diffusa nell'ambito delle scienze sociologiche, rende arduo il lavoro del giurista e incerte e fluttuanti le sue interpretazioni del dato sottopostogli. C'è allora da chiedersi se il fatto di trovarsi di fronte a un concetto generico, compatibile con una serie di diverse situazioni anche combinabili tra di loro, giustifichi un approccio scettico circa la possibilità di realizzare una protezione equa ed efficace delle vulnerabilità. In ogni caso, si concorda sull'urgenza di un intervento di ampio raggio da parte delle Istituzioni, cui pertiene il compito di individuare le sovraesposizioni al rischio più significative e di sostenere politiche sociali adeguate a contrastare tali situazioni, attivando strategie di rafforzamento delle resilienze necessarie per contenere, mitigare, rimediare alle cause e alle conseguenze delle vulnerabilità⁷⁶; sebbene il compito del legislatore sia intralciato dalla difficoltà di inquadrare il perimetro della vulnerabilità.

In aggiunta a quanto poco sopra esposto, infatti, occorre precisare che il concetto di vulnerabilità non sempre coincide con uno *status* personale⁷⁷. Massimo Luciani⁷⁸ ha sottolineato che la vulnerabilità è una *qualitas* talora permanente (pensiamo alle vittime

⁷⁵ In questo senso M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 12.

⁷⁶ Spunti in B. PASTORE, *Semantica*, cit., 2 ss.

⁷⁷ V. LORUBBIO, *La tutela*, cit., 662.

⁷⁸ M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione. Intervento di discussione della Lectio magistralis del Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prof. Robert Spano, Diritti umani e persone vulnerabili*, Roma, 22 aprile 2022, 3 ss., consultabile online su www.cortecostituzionale.it.

di pregiudizi razziali, ai malati cronici), ma più spesso contingente: un bambino che poi diverrà adulto, un malato che guarirà, un imputato che verrà assolto. Dalla vulnerabilità dunque si può entrare ed uscire, anche a tempi alterni; vi sono poi vulnerabilità non permanenti, che però si possono rimuovere solo con grande difficoltà, come per i casi di estrema povertà⁷⁹; e infine, si è già sottolineato, esistono vulnerabilità permanenti.

Ma, al di là dell'oggettiva difficoltà di cristallizzare in una definizione il concetto giuridico di vulnerabilità, c'è forse dell'altro. E in particolare c'è da chiedersi se, alla base di questa 'definizione aperta', vi sia il preciso intento di non porre limiti al potere interpretativo giudiziale⁸⁰. In dottrina, come già segnalato, si è avanzata l'ipotesi che l'accettazione di una 'definizione aperta' dipenda dalla scelta di considerare il caso nella sua 'singolarità'⁸¹ e, dunque, di mettere in primo piano la valutazione del caso concreto nel processo decisionale, conferendo al giudice un ampio margine di discrezionalità in relazione al riconoscimento concreto della vulnerabilità: in tale prospettiva, la nozione (mobile) di vulnerabilità costituisce al tempo stesso lo strumento per identificare la violazione e il parametro per la valutazione del caso⁸². La Corte di Giustizia UE, in particolare, pare avere optato per una concezione 'situazionale' di vulnerabilità⁸³, riempiendo di contenuti diversi il concetto di 'vulnerabilità', in ragione della natura eterogenea delle cause: i giudici di Lussemburgo godono «di un

⁷⁹ P. STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità*, *Relazione del Presidente 2020*, Roma, 2 luglio 2021, 3 ss., consultabile online su www.gdpd.it; G. CERRINI FERONI, *Ecco come la privacy aiuta gli ultimi e i fragili*, intervento Key4biz, 22 febbraio 2023, consultabile online.

⁸⁰ Si pone il quesito A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 6.

⁸¹ P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 73; più in generale, T. GAZZOLO, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, 2018, 29 s., 182.

⁸² B. PASTORE, *Semantica*, cit., 91.

⁸³ A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 6, 16 s.

differente margine di discrezionalità nell'apprezzare gli elementi che determinano la situazione di vulnerabilità. Tale situazione trova una stretta relazione con le direttive e l'attività svolta dalla Commissione e dal Consiglio Europeo»⁸⁴, nel cui stile non rientra la costruzione di categorie tassative. Non diversamente si può valutare l'operato della Corte EDU. Sebbene nella CEDU manchi espressa menzione della vulnerabilità, i giudici di Strasburgo hanno con frequenza fatto ricorso ad una nozione multiforme di vulnerabilità⁸⁵.

5. *Gli stati di dipendenza: profili giuridici*

Accanto alla 'vulnerabilità' così come elasticamente intesa nelle Carte internazionali e nelle pronunce delle Corti internazionali, vanno acquisendo rilevanza giuridica altre forme di 'fragilità' umana, tra cui sono da annoverare gli 'stati di dipendenza'.

A tale riguardo, mentre il legislatore italiano ha scelto di intervenire per apprestare tutela a figure particolari di contraenti e in fattispecie bene individuate (consumatori, turisti, clienti, investitori, imprese deboli etc.), altri sistemi hanno scelto di riconoscere un generale rilievo giuridico allo stato di dipendenza⁸⁶.

Con la riforma del Code Civil del 2016, il legislatore francese, oltre a positivizzare finalmente la figura dottrinale e giurisprudenziale del dolo negativo, ha ampliato la nozione di violenza morale sino a ricomprendervi l'abuso dello 'stato di

⁸⁴ A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 16.

⁸⁵ Ampia trattazione in P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 69 ss.

⁸⁶ *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, Milano, 2013; A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Persona e Mercato*, 1, 2018, 88 ss., in part.110.

dependenza' (art. 1143)⁸⁷, con una formula che peraltro ricorda la definizione del reato italiano di plagio (illecito depenalizzato nel 1981). In Francia, Spagna e Belgio è peraltro contemplato l'illecito penale della 'manipolazione mentale', inteso a punire con la reclusione e con forti ammende pecuniarie chi cagioni uno stato di soggezione mediante l'esercizio di ripetute pressioni o tecniche volte ad alterare la capacità di giudizio.

Dunque in Francia, con la riforma della disciplina dei vizi del consenso, realizzata dall'ordonnance del 10 febbraio 2016⁸⁸, sono state introdotte due nuove figure di diritto positivo che incidono profondamente sulle regole del diritto contrattuale: l'errore per dolo negativo (rilevante soprattutto nella fase delle trattative e della conclusione del contratto)⁸⁹ e lo 'stato di dipendenza' (*état de dépendance*, art. 1143 Code Civil), quali vizi della volontà destinati a incidere sulla validità del contratto o dell'atto (la nullité *ex* art. 1131 Code Civil), purché il vizio risulti determinante nella conclusione del contratto, o nel compimento dell'atto. Per 'stato di dipendenza' si intende l'eccessiva fiducia o la situazione di

⁸⁷ In Francia i vizi del consenso continuano a dare luogo a nullità relativa: in linea di massima, a fronte dei vizi il diritto francese tende a invalidare il contratto, mentre il diritto italiano è tradizionalmente più incline a conservarlo.

⁸⁸ Emanata in applicazione dell'art. 8 della loi n. 2015-177 del 16 febbraio 2015. La riforma, mirata alla semplificazione e all'accessibilità da parte degli utenti, si è profondamente ispirata ai progetti europei e internazionali di armonizzazione del diritto dei contratti, nonché ai consolidati orientamenti della Cour de Cassation, ed è stata realizzata dopo consultazioni con operatori economici e giuridici: tra la vasta lett., v. in part. A. GORGONI, *I vizij*, cit., 89 e nt. 1.

⁸⁹ Per questa ragione, e per l'assenza di collegamento di questa figura con lo stato di fragilità, non ci soffermiamo in modo specifico sulle conseguenze della codificazione del dolo omissivo (art. 1137 Code Civil), figura peraltro da tempo identificata dalla dottrina italiana, e più precisamente già a fare data dagli studi del giusprivatista napoletano Nicola Coviello sui 'fatti commissivi mediante omissione' (N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*⁴, Milano, 1929, 329).

debolezza (talora generate da legami patologici) e di soggezione del soggetto, idonee a dare luogo ad abusi e subdoli approfittamenti da parte di persone intenzionate ad avvantaggiarsi dell'altrui debolezza, o fragilità (*faiblesse de l'autre*: art. 1143 *Code Civil*). Tale abuso viene inquadrato dal legislatore francese nell'ambito della 'violenza': «Si ha ugualmente violenza quando una parte, abusando dello stato di dipendenza in cui si trova il proprio contraente, ottiene da quest'ultimo un impegno che non avrebbe assunto in assenza di una tale costrizione (*contrainte*) procurandosi un vantaggio manifestamente eccessivo».

Dunque, con la riforma è stata riconfigurata la violenza, se ne è ampliato il tradizionale ambito applicativo, «introducendo la fattispecie elastica dello stato di dipendenza»⁹⁰, al fine di sanzionare la parte contrattuale che abusi della 'debolezza' dell'altra. Il legislatore francese non specifica la causa dello stato di dipendenza, che potrà essere individuato nella salute cagionevole, nell'insufficienza di cultura, nell'inesperienza, nell'idealizzazione di una persona, nell'eccesso di fiducia. Questo sfocamento dei contorni della fattispecie in Francia ha dato adito a non poche critiche. Si teme l'interventismo giudiziale e un impiego troppo vasto della nuova figura⁹¹, perché indubbiamente un'invalidità dai contorni troppo ampi e sfumati impatta con il valore della certezza dei rapporti giuridici⁹²: si è favorita eccessivamente «l'invalidità del contratto, legandola a fattispecie non predeterminabili che alimenteranno il contenzioso»⁹³. La dottrina italiana per contro ha rilevato come in tal modo la riforma francese abbia compiuto un passo in avanti significativo, marcando «una netta distinzione con

⁹⁰ A. GORGONI, *I vizzi*, cit., 98.

⁹¹ N. DISSAUX, C. JASMIN, *Project de Réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2015, in part. 46 s.

⁹² In generale, sottolinea tali rischi già V. PIETROBON, *Errore*, cit.

⁹³ A. GORGONI, *I vizzi*, cit., 109.

il sistema italiano dei vizi del consenso, caratterizzato da una struttura più rigida delle relative fattispecie»⁹⁴.

In Francia, l'ampliamento della fattispecie di violenza all'appropriamento dell'altrui stato di dipendenza è avvenuto attraverso la positivizzazione del filone evolutivo del diritto europeo, nonché di un consolidato indirizzo della Cour de Cassation⁹⁵. Il dato è particolarmente significativo. L'«età dei diritti» ha segnato il passaggio ad una nuova concezione del 'rule of law' – influenzata dalla cultura giuridica inglese di common law – da intendersi adesso come 'modo di organizzare il potere' limitando il potere normativo degli organi politici e trasferendo agli organi giudiziari il potere «di incorporare nel diritto alcuni valori fondamentali e tendenzialmente condivisi»⁹⁶. Di qui una importante conseguenza: al diritto torna ad essere connaturata l'aspirazione alla correttezza morale, ad essere assente ogni soluzione di continuità tra ragioni morali e ragioni giuridiche⁹⁷. La preponderanza assunta dal formante giurisprudenziale dà anche ragione del fatto che il diritto contemporaneo, almeno in certi settori, ci appare «caratterizzato da un elevato grado di indeterminatezza linguistica e dalla presenza massiccia e strategica di principi giuridici che altro non sono che concretizzazioni normative di valori morali»⁹⁸. Il tema della giustizia sociale, in cui si

⁹⁴ A. GORGONI, *I vizi*, cit., 107.

⁹⁵ Nel Rapport au Président de la République relativo all'ordonnance n. 2016/131 del 10.2. 2016, vi è una parte dedicata alla genesi della riforma, in cui appunto si precisano anche i criteri di adeguamento alle nuove istanze di codificazione di un diritto più giusto, attento alle esigenze «de la partie la plus faible»: semplificazione, efficacia, accessibilità, comprensibilità da parte del comune cittadino.

⁹⁶ A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità*, cit., 256.

⁹⁷ Fondamentale, sull'argomento della 'pretesa di correttezza', R. ALEX, *On Necessary Relations between Law and Morality*, in *Ratio Iuris*, 2, 1989, 167 ss.

⁹⁸ A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità*, cit., 267.

innerva la tutela della vulnerabilità, è particolarmente legato a questo fenomeno. Per lo storico del diritto, come si preciserà più avanti, una siffatta dinamica di formazione del diritto è tutt'altro che inconsueta.

6. *La tutela italiana del contraente 'fragile'*

Veniamo ora alle strategie mediante le quali, in Italia, si può attualmente conseguire una tutela giuridica del contraente fragile.

L'ordinamento italiano riconosce rilevanza a svariate condizioni di debolezza del contraente, tali da precludere o limitare considerevolmente la libertà contrattuale. Alcune di esse, sebbene non previste nella parte generale del contratto, acquistano rilevanza grazie alla clausola generale di buona fede nelle trattative di cui all'art. 1337 cod. civ. (clausola che consente all'interprete di andare oltre le fattispecie espressamente disciplinate: dolo, rescissione, usura, incapacità naturale, abuso di dipendenza economica, circonvenzione d'incapace⁹⁹). Tuttavia, la vulnerabilità e lo stato di dipendenza restano figure di difficile inquadramento, ai fini del riconoscimento di rilevanza giuridica, al di fuori delle fattispecie tipizzate: il giudice – è stato osservato¹⁰⁰ – può rigettare la domanda dell'attore per l'irrilevanza della specifica condizione di debolezza fatta valere. Da più parti si auspica perciò che il legislatore italiano intervenga sulla parte generale del contratto, e in particolare sui vizi del consenso, la cui disciplina risulta oggi secondo l'opinione dominante troppo rigida e comunque inidonea alla sentita esigenza di rafforzare la protezione della libertà di contrarre¹⁰¹. Uno dei

⁹⁹ Così A. GORGONI, *I vizi*, cit., 114.

¹⁰⁰ Da A. GORGONI, *I vizi*, cit., 114.

¹⁰¹ Evidenziano i punti deboli dell'attuale disciplina codicistica R. SACCO, *Il contratto*, Milano, 2016, 608 s.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 104 ss., specialm. 105.

modelli più apprezzati resta l'art. 138 BGB, comma 2, dove, nell'isolare quattro fattispecie riconducibili al 'vizio' (stato di costrizione, inesperienza, mancato discernimento, rilevante debolezza della volontà), ha previsto concetti elastici, figure ampie e non ben circoscritte¹⁰²: minando, così, da un lato la forza di legge del contratto e la certezza dei rapporti giuridici, dall'altro lato però offrendo strumenti congrui per sanzionare gli abusi della debolezza e dell'inferiorità altrui: il sacrificio della sicurezza dei traffici trova una giustificazione ragionevole nella misura in cui sanziona operazioni economiche ingiuste¹⁰³.

Nel frattempo, un ruolo fondamentale nella tutela delle fragilità è stato rivestito dal costituzionalismo democratico e sociale. In Italia, l'interpretazione delle norme codicistiche costituzionalmente orientata ha offerto le prime soluzioni. La tutela delle fragilità in Italia, prima di ogni esplicitazione, ha trovato una valida sponda nella lettura in combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., nella misura in cui si è fatto leva sulla pari dignità sociale e sull'uguaglianza, sull'obbligo di rimuovere le disparità e gli ostacoli che impediscono ai singoli di realizzarsi¹⁰⁴.

Più specificamente, dal dettato costituzionale si possono ricavare numerose condizioni di bisogno o svantaggio, oggi identificabili con la vulnerabilità¹⁰⁵: i malati (art. 32), i disoccupati (artt. 4 e 38), gli stranieri (art. 10), i detenuti (artt. 13 e 27), gli studenti bisognosi (art. 34), le donne (artt. 3, 37, 48, 51), i bambini (art. 31), i vecchi (art. 38). Si tratta, come è evidente, di soggetti bisognosi di statuti giuridici differenziati. Inoltre, la parte circonvenuta o in stato di dipendenza può 'eliminare' il contratto

¹⁰² A. GORGONI, *I vizi*, cit., 114.

¹⁰³ Così R. SACCO, *Il contratto*, cit., 612.

¹⁰⁴ V. soprattutto A. PIZZORUSSO, *Cos'è l'uguaglianza*, Roma, 1983; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 72 s.

¹⁰⁵ Sebbene la vulnerabilità esprima «un concetto decisamente più scivoloso»: P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 71.

ricorrendo all'annullabilità (combinato disposto degli artt. 1337 e 2058 cod. civ.)¹⁰⁶, mentre, secondo un altro orientamento, in ragione della lesione del diritto fondamentale e inviolabile di autodeterminarsi sul piano dispositivo (art. 2 Cost.), la parte vulnerabile o in stato di dipendenza può invocare la nullità del contratto, nel tipo della nullità di protezione¹⁰⁷.

Tale seconda tesi fa leva, con evidenza, su una generalizzazione dell'autodeterminazione come diritto fondamentale e autonomo, rispetto al diritto alla salute¹⁰⁸, estendendone la rilevanza giuridica in tutte le materie in cui il momento dell'autodeterminazione si manifesta. Un importante riscontro di questa impostazione si trova nel filone giurisprudenziale che «ha argomentato la nullità della singola clausola dalla violazione diretta di principi e diritti costituzionali [...], che rappresentano il metro di valutazione della meritevolezza e liceità degli interessi espressi nel contratto»¹⁰⁹. Dunque, il concetto di 'meritevolezza', staccatosi negli ultimi anni del Novecento dalla liceità del contratto¹¹⁰, è stato con frequenza sempre maggiore invocato dalla giurisprudenza a fini di controllo dell'autonomia negoziale: l'immeritevolezza esprime la contrarietà dell'accordo non soltanto alle norme positive, ma «al risultato [che esso] intende perseguire [rispetto ai] principi di *solidarietà, parità e*

¹⁰⁶ In tal senso R. SACCO, *Il contratto*, cit., 617 s., la cui opinione è riportata da A. GORGONI, *I vizi*, cit., 112 s.

¹⁰⁷ È questa l'opinione di S. RODOTÀ, *Consenso informato e principio di autodeterminazione*, in Stefano Rodotà, *Critica del diritto privato*, Editoriale e saggi raccolti da G. Alpa e M.R. Marella, Napoli, 2017, 24; sostiene la nullità del contratto per violazione dei principi costituzionali anche P. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 25 ss.

¹⁰⁸ Lo sottolinea in questi termini A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113, nt. 136.

¹⁰⁹ A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113, con riferimento a Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contratti*, 10, 2014, 853 ss.

¹¹⁰ A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113 e nt. 138, individua il momento del distacco in Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Vita Not.*, 1996, 933 ss.

non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati»¹¹¹. Appare chiaro come «quest'applicazione della meritevolezza faccia virare l'ordinamento verso l'atipicità delle patologie del consenso»¹¹².

Ma la tesi della nullità ha incontrato non pochi dissensi. Parte della dottrina rileva da un lato che la nullità del contratto è comminata dal cod. civ. soltanto in ipotesi di illiceità della causa o dell'oggetto, dall'altro lato che «l'illecita induzione a contrarre [come pure il raggirio, la minaccia, l'approfittamento dello stato di pericolo e di bisogno] dà luogo a rimedi suoi propri: la norma violata è posta a protezione della vittima, [pertanto] deve essere affidato alla vittima il potere di determinare se il contratto sarà efficace o meno»¹¹³, chiedendo l'eliminazione degli effetti (*ex art. 428 cod. civ. o ex art. 2058 cod. civ.*)¹¹⁴. In tale ultima prospettiva, la scelta tra il rimedio risarcitorio (manutentivo del contratto) e quello invalidante (demolitorio) spetterebbe alla vittima dell'altrui scorrettezza: l'indicazione di un solo rimedio rischierebbe di non garantire un'adeguata protezione e di non corrispondere al concreto interesse della parte protetta: il risarcimento potrebbe risultare insufficiente, così come l'azione di annullamento potrebbe risultare ultronea, qualora il soggetto fragile conservasse l'interesse ad avvalersi degli effetti del contratto e il contratto necessitasse perciò di essere soltanto revisionato¹¹⁵ (la correzione del contratto è prevista all'art. 1432 cod. civ. e opera anche in materia di rescissione: art. 1450 cod. civ.).

¹¹¹ Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Leggi d'Italia on line*, su cui *amplius* A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113 e nt. 139.

¹¹² A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113, sulle orme di U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ. dir. da P. Perlingieri*, 3, 2017, 838 ss., specialm. 868.

¹¹³ R. SACCO, *Il contratto*, cit., 617 s.

¹¹⁴ Tanto precisa A. GORGONI, *I vizi*, cit., 112.

¹¹⁵ Lo sottolinea R. SACCO, *Il contratto*, cit., 612.

La soluzione eclettica prevede dunque che i due rimedi possano operare alternativamente, a scelta della vittima di scorrettezze. Il ‘giusto rimedio’ «è davvero tale soltanto ove lo si moduli sull’interesse concreto fatto valere in giudizio»¹¹⁶. Risulta allora evidente che tale flessibilità ed effettività del momento rimediale¹¹⁷, che si intende modulare sull’interesse concreto fatto valere in giudizio e sulla verifica degli interessi effettivamente coinvolti¹¹⁸, risulta incompatibile con l’impostazione tradizionale, di matrice romanistica, secondo cui ad ogni situazione illegittima corrisponde un solo e specifico rimedio (principio della tipicità del rimedio), che in età moderna si indica in quello previsto dalla legge.

Resta da chiedersi quale tipo di invalidità operi nell’ipotesi in cui la parte circonvenuta o in stato di dipendenza opti per l’eliminazione del contratto. Al riguardo, si può ritenere che operi l’annullabilità (combinato disposto degli artt. 1337 e 2058 cod. civ.)¹¹⁹; oppure la nullità¹²⁰, nel tipo della nullità di protezione per violazione del diritto di autodeterminazione sul piano dispositivo (art. 2 Cost.).

In Italia, la civilistica si chiede anche in quale misura possano invece trovare protezione alcune specifiche forme di fragilità, quali lo stato di dipendenza, alla luce della disciplina codicistica, in assenza di una disposizione assimilabile a quella contenuta nell’art. 1143 Code Civil. Lo stato di bisogno previsto dall’art. 1448 cod. civ. (azione generale di rescissione per lesione), nel fare riferimento ad un bisogno qualificato da dati oggettivi¹²¹, non coincide con lo ‘stato di dipendenza’, che è un concetto ben più ampio. Neppure

¹¹⁶ A. GORGONI, *I vizi*, cit., 111, sulle orme di P. PERLINGIERI, *Il ‘giusto rimedio’ nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011, 1 ss. (estr.), in part. 4 s.

¹¹⁷ P. PERLINGIERI, *Il ‘giusto rimedio’*, cit., 4 s.

¹¹⁸ P. PERLINGIERI, *Il ‘giusto rimedio’*, cit., 4.

¹¹⁹ E questa la strada indicata da R. SACCO, *Il contratto*, cit., 617 s.

¹²⁰ In questo senso S. RODOTÀ, *Consenso informato*, cit., 24.

¹²¹ V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, 835.

l'incapacità naturale (art. 428 cod. civ.) può essere assimilata allo 'stato di dipendenza': l'incapacità naturale implica infatti una diminuzione e menomazione delle facoltà intellettive, che invece non sono richieste ai fini dello 'stato di dipendenza', caratterizzato non tanto dalla mancanza di consapevolezza del contenuto dell'atto che si compie, quanto piuttosto dall'incapacità di opporre un rifiuto serio e motivato¹²². Infine, anche la circonvenzione di incapace (art. 643 cod. pen.) non coincide con lo 'stato di dipendenza': la circonvenzione presuppone infatti una menomazione del potere di valutazione critica del succube e un abuso della deficienza psichica del soggetto (non necessariamente riconducibile ad una incapacità naturale), al fine di indurlo a concludere un atto dannoso. Dunque il soggetto, pure se capace di intendere e di volere, a causa di patologie psichiche è talmente suggestionabile da non riuscire a resistere all'altrui attività di induzione. Viceversa, lo stato di dipendenza non è necessariamente legato a patologie psichiche, ma si riferisce a connotazioni specifiche della persona (inesperienza, fiducia incondizionata etc.), che inducono il soggetto fragile a contrarre, credendo erroneamente di avere operato in modo opportuno ed adeguato¹²³.

7. I 'nuovi vizi'

Se allarghiamo lo sguardo al di fuori dell'Europa, possiamo notare che le basi per una tutela giuridica più specifica delle fragilità che producono un affievolimento giuridicamente rilevante della volontà negoziale sono da ravvisarsi nella configurazione, risalente al 1981¹²⁴, della 'violenza economica' (economic duress, figura che

¹²² Così A. GORGONI, *I vizi*, cit., 109.

¹²³ Così A. GORGONI, *I vizi*, cit., 109.

¹²⁴ Data di pubblicazione del *Restatement, Second, Contracts*, consolidazione però priva di valore di legge, perché proveniente dall'American Law Institute, non dal

non ha corrispondenza nel sistema giuridico italiano) nell'ambito dei rapporti tra imprese. I sistemi anglosassoni invalidano il contratto quando il consenso sia stato ottenuto a seguito di minaccia agli interessi economici della controparte: è questo il risultato di una estensione del rimedio della 'doctrine of duress', originariamente applicato alle sole minacce di danni fisici¹²⁵. Le relative valutazioni, originariamente vertenti, da parte delle corti, sul parametro della free will, sembrano ora in prevalenza attestate sull'accertamento di un parametro più oggettivo, quello della sussistenza o meno di una 'reasonable alternative' disponibile alla vittima, rispetto al cedere alla minaccia¹²⁶. È un criterio che si vede di recente comparire anche nelle carte internazionali¹²⁷, a proposito delle valutazioni relative all'approffittamento di condizioni di vulnerabilità o di stati di dipendenza non economici.

Tali sviluppi del sistema statunitense hanno tracciato una strada che trova un riscontro soltanto parziale nella figura dell' 'abuso della posizione dominante', nata nel contesto del diritto europeo (art. 102 TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), e nell' 'abuso della dipendenza economica' (fattispecie configurata in Italia con la legge 18 giugno 1998, n. 192, art. 9). Si tratta di figure e discipline orbitanti intorno al principio generale di divieto di abuso del diritto¹²⁸ e catalogate in dottrina come 'nuove previsioni

legislatore: F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione: la merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, 2017, 19 ss.

¹²⁵ Ampia trattazione in F. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano*, Milano, 2021, 12 ss.

¹²⁶ F. CASTRONOVO, *Violenza economica*, cit., 43 ss.

¹²⁷ Mi riferisco in particolare alla c.d. Direttiva anti-tratta del 2011, sopra menzionata.

¹²⁸ F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 663 ss.

sull'equilibrio del contratto'¹²⁹, oppure come 'nuovi vizi del consenso'¹³⁰.

In definitiva, per quanto concerne la tutela delle fragilità in un approccio globale, abbiamo constatato che l'intreccio della sociologia e della filosofia con il diritto hanno rivestito un ruolo determinante nella definizione dei soggetti cui apprestare tutela. Al giurista, in particolare, in questo ambito, spetta un compito difficile, dal momento che l'individuazione delle categorie vulnerabili cui apprestare tutela, nonché delle misure idonee a salvaguardare i soggetti fragili, implica impegnative ricerche all'interno di un composito insieme di disposizioni di matrice interna, internazionale e sovranazionale, cui peraltro fanno capo molteplici – e tra loro disomogenei – sistemi di protezione¹³¹. Le difficoltà degli interpreti, all'interno di questo quadro multiforme, si prevedono in aumento, per la odierna tendenza verso una 'tutela integrata' dei soggetti fragili, in vista della costruzione di un nuovo *ius commune* dei diritti della persona¹³². L'*excursus* sopra effettuato sulle tappe fondamentali del riconoscimento giuridico delle fragilità umane ha dimostrato che gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in materia di protezione delle fragilità in qualche caso sono stati anticipati e suggeriti dal diritto positivo, in altri casi

¹²⁹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 42.

¹³⁰ Efficace *excursus* in A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi 'vizi del consenso'*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2018, 148 ss.; S. MEUCCI, *'Nuovi' vizi del consenso e disciplina della concorrenza*, in *Persona e Mercato*, 2, 2019, consultabile online; A. GIANOLA, *L'integrità*, cit.

¹³¹ Sottolinea i problemi di raccordo B. PASTORE, *Semantica*, cit., 77, sulle orme di A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema dei sistemi' come problema*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, 154 ss.; M. BOSSUYT, *Categorical Rights and Vulnerable Groups: Moving Away from the Universal Human Being*, in *The George Washington International Law Review*, 48, 2016, 717 ss.

¹³² F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 39.2, 2019, 481 ss., specialm. 489 ss.

da questo recepiti da altri formanti dell'ordinamento giuridico (a lor volta ispirati da altre scienze, *in primis* sociologia e filosofia), dando luogo complessivamente o a un ampliamento del tradizionale ambito applicativo dei vizi già codificati (così come si è verificato in Francia con la riforma del 2016), oppure introducendo i c.d. 'nuovi vizi' della volontà.

8. *Sull'importanza della prospettiva storica*

Si è sopra accennato alle varie tappe della giuridificazione della categoria 'vulnerabilità' tra XX e XXI secolo. Ma la tutela dei soggetti fragili non si può considerare una novità assoluta del post-moderno: le forme di protezione per le persone deboli, vulnerabili, ci riportano molto indietro nel tempo.

Vi è più di una ragione per cui si può rivelare utile rivolgere lo sguardo anche al passato e verificare quali fossero le valutazioni sociali e giuridiche in ordine alle sorti delle volontà fragili e vulnerabili, sebbene a queste ultime non corrispondessero ancora specifiche categorie giuridiche. La prima è che il diritto antico e medioevale costituisce un utile strumento di lettura delle vicende odierne nella misura in cui ci insegna, con riguardo anche al tema oggi allo studio, attraverso quali dinamiche le formazioni e le trasformazioni del diritto hanno preso corpo. Con specifico riferimento al condizionamento della volontà, in qualche caso la scienza giuridica romana, a partire dal I sec. a.C., ha tentato di giuridificare le nuove fattispecie ampliando i contorni delle categorie o delle figure giuridiche già esistenti, attraverso interpretazioni estensive o analogiche dei *verba legis* o di clausole edittali (come nel caso del progressivo ampliamento del concetto romano di dolo); in via eccezionale *prudentes*, magistrati e giudici romani hanno fatto addirittura ricorso alla tecnica finzionistica, per forzare il recinto delle regole tradizionali (così si può interpretare il

richiamo al *color insaniae* del *de cuius*, che nel campo delle successioni ha aperto la strada alla successione necessaria¹³³).

La prima strategia – quella della interpretazione estensiva – è molto vicina alla tecnica moderna di destrutturazione del testo, intendendosi per ‘decostruzione’ o ‘destrutturazione’, secondo le indicazioni di Jaques Derrida, una lettura del testo tale da mettere in luce le contraddizioni letterarie e linguistiche che impediscono al testo stesso di trasmettere un messaggio univoco¹³⁴. La ‘destrutturazione’ del testo normativo si può considerare come sintomo e conseguenza della ‘crisi’ della fattispecie tradizionale di riferimento. In fondo, la tecnica decostruttiva da sempre è stata il primo passo verso un ampliamento del novero di situazioni e condotte dotate di rilevanza giuridica: quando l’interprete non ha voluto o non ha potuto distaccarsi da principi o categorie tradizionali o testi normativi (o perché ha scelto di muoversi nel solco della tradizione o del diritto positivo, o perché non era legittimato a creare diritto nuovo) ha fatto ricorso a tecniche connesse con la destrutturazione del testo, consentendosi appunto interpretazioni estensive. Quando non vi era spazio neppure per queste, ha fatto ricorso alle finzioni (seconda strategia). Però, nella maggior parte dei casi, il processo di giuridificazione è poi approdato nel distacco dalle figure o dalle regole tradizionali e nella elaborazione di nuove figure o regole, che hanno affiancato (e in qualche caso soppiantato) quelle vecchie.

Veniamo ora alla seconda ragione per cui la storia della protezione giuridica delle fragilità può soccorrere l’interprete odierno. Questa attiene ad un altro aspetto di primaria importanza

¹³³ *Amplius* D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di ‘querela inofficiosi testamenti’*, I. *Le origini*, Napoli, 2012, 25 ss., 43 ss., 79 ss., 125 ss.

¹³⁴ J. DERRIDA, *L’écriture et la différence*, Paris, 1967. Il filosofo francese, tuttavia, proponeva questo esercizio critico per la lettura dei testi letterari, non dei testi giuridici: L. SOLIDORO, *Il diritto post-moderno tra ‘Comfort Zone’ della tradizione e nuovi spazi euro-globali*, in *Liber amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, 1469 ss.

nel riconoscimento di rilevanza giuridica delle fragilità: il profilo definitorio.

Sappiamo che la giuridificazione dei fatti si verifica a seguito di un processo di qualificazione. La disciplina giuridica attiene a vicende descritte mediante immagini standardizzate, schemi tipici astratti: le fattispecie e le categorie¹³⁵. Ma, come osserva Nicolò Lipari¹³⁶, il tema delle categorie non appartiene all'autonoma riflessione del giurista. Il quale se ne vale, come strumento operativo, ma per lo più ne ignora i meccanismi formali. Il giurista generalmente non riflette in modo analitico sulla struttura concettuale delle categorie che adopera. E questo non è un bene. Perché proprio questa lacuna nella formazione storica e teorica del giurista può indurre a derive opinabili. Nell'ambito della problematica in oggetto, il nodo principale, infatti, per il giurista odierno, è costituito proprio dalla individuazione dei modi di raccordo tra l'indubbia rilevanza giuridica delle nuove figure connesse con la fragilità o vulnerabilità e le categorie tradizionali: capacità/incapacità, distorsione del processo formativo del volere cagionata dai vizi del dolo, della violenza morale, dell'errore.

Per molte situazioni di affievolimento della volontà legato alla fragilità del soggetto, il lento percorso di riconoscimento di rilevanza giuridica è ancora *in itinere* e la sconnessione sussistente tra i recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali da un lato, e il diritto positivo – rappresentato principalmente dagli originari assetti dei codici Novecenteschi – dall'altro ha creato un diffuso malcontento. Un malcontento che si è tradotto in avversione e insofferenza verso le categorie tradizionali, in quanto ritenute chiuse e poco permeabili. Sono state accusate in primo luogo la corrente Pandettistica tedesca e italiana e in secondo luogo la forma-codice, di avere astratto, cristallizzato, irrigidito queste

¹³⁵ Riferimenti in N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 69.1, 2014, 36 ss.

¹³⁶ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

categorie in perimetri troppo ben circoscritti, così ostacolando o addirittura impedendo la loro adattabilità alle nuove situazioni o condizioni (come appunto fragilità e vulnerabilità) che si affacciano alla soglia dell'universo giuridico. La giuridificazione delle nuove categorie sociologiche e filosofiche verrebbe intralciata, in questa linea di pensiero, appunto dalla rigidità delle fattispecie tradizionali; di cui, perciò si è attivata una 'destrutturazione' o 'decostruzione', al fine di farvi rientrare i c.d. nuovi vizi, quelli cioè che producono volontà affievolite, quelle facenti capo a soggetti fragili o vulnerabili.

Ma è davvero questo il migliore degli itinerari percorribili? O sarebbe piuttosto il caso di promuovere la formazione, in tempi rapidi, di categorie nuove o ulteriori, piuttosto che rompere il recinto delle fattispecie tradizionali? Auspicare fattispecie troppo porose, dai contorni indefiniti e slabbrati, non giova alla certezza dei rapporti giuridici, al principio di stabilità del contratto, all'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo. In linea più generale, va considerato che imprimere stabilmente alle figure giuridiche una struttura flessibile o aperta ha un prezzo molto alto: si aprono le porte al governo dei giudici. Lo slabbramento dei contorni delle fattispecie (i tradizionali vizi della volontà) può essere funzionale per inglobare nuove figure, ma lascia indistinta e indefinita la perimetrazione delle condotte sanzionabili, rendendola suscettibile di interpretazioni che in qualche caso potrebbero rivelarsi arbitrarie e imprevedibili, minando la certezza del diritto, oppure troppo estensive e tali da incidere negativamente sulla certezza della circolazione¹³⁷. Può essere invece più adeguato

¹³⁷ Un tema, questo, molto sentito dal legislatore italiano del 1942. In generale, per il difficile punto di equilibrio tra invalidità e certezza della circolazione, ampia discussione in V. PIETROBON, *Errore, volontà, e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990; *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milano, 2007.

ai principi di certezza del diritto e della circolazione forgiare nuove categorie, da mettere accanto a quelle tradizionali. Il sistema dei ‘vizi del volere’ e delle relative azioni di annullamento, così come costruito dalla dottrina tedesca dell’Ottocento, se da un lato non va demonizzato, perché ha offerto alla scienza giuridica un modello operativo encomiabile, dall’altro lato non costituisce una rappresentazione necessariamente immobile e collocata al di fuori del tempo¹³⁸.

9. I volti antichi della vulnerabilità nella proiezione giuridica

Abbiamo constatato come la comparsa, nell’orbita giuridica europea, della rilevanza giuridica della vulnerabilità, della fragilità e degli stati di dipendenza economica e psicologica, si debba in parte a influssi del diritto statunitense, in altra – e più cospicua parte – all’attività degli organismi internazionali, in altra parte ancora all’operato di dottrina e giurisprudenza, in quella che ormai è la dimensione della ‘despazializzazione del diritto’, dovuta alla permeabilità delle frontiere, che implica una velocissima diffusione transnazionale dei nuovi orientamenti in campo giuridico.

La delinearazione delle più recenti figure giuridiche all’interno del diritto europeo e nei diritti interni degli Stati membri è stata molto rapida. Ed altrettanto rapido pare essere il percorso di precisazione dei contenuti delle nuove categorie. Ciò potrebbe consentire di non destrutturare le preesistenti fattispecie per soddisfare le nuove istanze, e piuttosto di elaborare una disciplina specifica per le figure da ultimo emerse. In tal modo, la funzione categorica del diritto (che frena e stabilizza) risulterebbe preservata. In questo itinerario, dottrina e giurisprudenza hanno assunto un compito gravoso (in

¹³⁸ Insiste opportunamente su questo concetto M. BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli ‘obiter dicta’ della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 101, 1978, V, 281 ss.

parte peraltro già assolto) e una grande responsabilità, perché a loro spetta costruire un percorso sinergico con il legislatore, che dimostra peraltro, sul tema in oggetto, una certa inerzia. Ma oggi, appunto, le modalità con cui la costruzione delle nuove figure e delle nuove discipline debba realizzarsi sono al centro di un ampio dibattito, cui sopra si è fatto cenno: nel ritrarsi del legislatore interno, quale ruolo riconoscere alla dottrina e alla giurisprudenza nella enucleazione e nella disciplina delle nuove fragilità?

Ed è appunto qui che soccorre ancora una volta la storia. Risalire allo studio della rilevanza giuridica della vulnerabilità o fragilità dell'autore dell'atto nel mondo romano non rileva perché si sappia che il problema si è già posto più di due millenni fa. Non si tratta soltanto di soddisfare una curiosità antiquaria: il diritto romano va studiato soprattutto in quanto luogo privilegiato di osservazione ai fini della comprensione del presente, in quanto modello di riferimento dei processi di formazione e di trasformazione del diritto¹³⁹. E la consapevolezza delle necessarie trasformazioni del diritto rende necessariamente ogni giurista uno storico¹⁴⁰.

Perciò ogni riflessione sulle tutele giuridiche della vulnerabilità deve basarsi sulla conoscenza delle risposte già fornite, nel corso del tempo, dagli ordinamenti giuridici. È nella prospettiva storica e teorica che deve muovere l'approccio al problema delle volontà affievolite, quelle dei soggetti fragili e vulnerabili, dal momento che soltanto la conoscenza delle pregresse esperienze giuridiche può consentire di definire con precisione il ruolo degli 'attori' di questo

¹³⁹ In questo senso, ancora di recente, ribadendo la convinzione di Max Weber, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, nel corso della *Relazione introduttiva*, svolta in occasione del Convegno su *Il diritto e le nuove dimensioni dell'essere. In ricordo di Antonio Palma*, Firenze, 11 marzo 2024.

¹⁴⁰ Così G. SEVERINI, nel corso del suo intervento in occasione del Convegno su *Il diritto e le nuove dimensioni dell'essere. In ricordo di Antonio Palma*, Firenze, 11 marzo 2024.

complesso itinerario: il pensiero scientifico dei giuristi, l'operato dei giudici nella vita quotidiana del diritto, l'intervento del legislatore. Occorre inoltre sviluppare una piena consapevolezza delle dinamiche che, nel tempo, hanno costituito l'intreccio tra i tre formanti che oggi denominiamo dottrina, giurisprudenza, legge: quale di essi ha promosso la rilevanza giuridica delle fragilità o vulnerabilità, nel mondo antico, e con quali esiti? Si è sviluppata una sinergia virtuosa, nel passato, tra giuristi dediti allo studio scientifico del diritto, magistrati, giudici, legislatori?

Ebbene, lo studio storico-giuridico della materia qui all'esame consente di constatare che le dinamiche risultano mutevoli. In qualche caso è stata la legge a suggerire a magistrati e giuristi di tutelare persone fragili e vulnerabili, in altri casi è stata piuttosto la sinergia tra *prudentes*, magistrati e giudici a introdurre nell'ordinamento giuridico romano la protezione di specifiche fragilità, senza che la legge intervenisse al riguardo. Vi è poi una costante: l'esigenza di tutelare le vulnerabilità risulta derivata da istanze sociali, a loro volta spesso congiunte con il pensiero filosofico.

La protezione di persone dotate di scarsa capacità di attingere informazioni o di formulare valutazioni, di persone in situazioni che costituiscono il terreno d'elezione per gli abusi di natura psicologica, affonda le sue radici nella notte dei tempi. La regolamentazione connessa con gli atti compiuti da soggetti fragili ha una storia antichissima. Naturalmente, nell'evo antico e nell'età di mezzo la percezione delle vulnerabilità seguiva parametri in buona parte diversi di nostri. Pensiamo alla *levitas animi* attribuita dai Romani alle donne¹⁴¹, e ancora di più all'*infirmetas* o *imbecillitas*

¹⁴¹ Gai 1.44; 1.190. In lett., R. QUADRATO, *Infirmetas sexus e levitas animi: il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani*, in *Atti del Convegno di studi Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano (Sassari, 22-23 novembre 1996)*, a cura di F. Sini e R. Ortu, Milano, 2001, 154 ss.

*sexus*¹⁴² ricondotta alla condizione femminile, che implicava l'assoggettamento a tutela della donna per tutta la durata della sua vita, anche *propter forensium rerum ignorantiam*, ma non certo con funzione protettiva della donna, quanto piuttosto per evitare che il patrimonio familiare venisse depauperato dalle iniziative muliebri.

È appunto la nozione romana di *imbecillitas*, che indica l'essere vacillanti, malfermi sulle proprie gambe, ad essere stata poi assunta da Samuel Pufendorf come vera e propria categoria, quella della debolezza, una carenza propria della condizione umana. Ma non dimentichiamo che il principio giuridico dell'impedimento dovuto al sesso è stato rimosso in Italia soltanto nel 1919.

Ancora al fine di preservare i grandi patrimoni delle famiglie romane, più che per proteggere le persone fragili, i Romani prestarono inizialmente attenzione alla condizione dei disabili, cui vennero riconnesse svariate incapacità e corrispondenti forme di protezione. Poi, con il passare del tempo, l'assistenza dei disabili cominciò ad essere concepita come un *munus* svolto almeno in buona parte nel loro stesso interesse: le *debiles personae*, cioè gli esseri umani affetti da qualche deficienza fisica (mutismo, sordità cecità), non essendo capaci di compiere gli atti giuridici per i quali si richiedeva la facoltà fisiologica di cui erano privi, venivano assistiti da curatori (*curatores debiliū personarum*) nominati di volta in volta dai magistrati¹⁴³.

Ma non mancano, nell'esperienza giuridica romana, altri interventi dell'ordinamento giuridico ancora più vicini all'idea di protezione del soggetto vulnerabile. Tra questi, va annoverata la legge Letoria del 200 a.C. circa, riguardante la condizione dei

¹⁴² D. 16.1.1.2-3; D. 22.6.9; D. 49.14.18; C. 5.3.20.1. In lett. S. SOLAZZI, *Infirmitas aetatis et infirmitas sexus*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 357 ss.; F. MERCOGLIANO, *Deterior est condicio feminarum quam masculorum*, in *Index*, 29, 2001, 2009 ss., anche in ID., *Fundamenta*², Napoli, 2012, 205 ss.

¹⁴³ D. 3.1.3.3; D. 3.1.5; I. 2.3.4. In lett., V. CARRO, *Ciechi, sordi e muti nell'esperienza giuridica romana*, in *Index*, 32, 1995, 538 ss.

maschi tra i quattordici e i venticinque anni, orfani di padre, per il diritto civile erano pienamente capaci di agire, ma di fatto esposti alle insidie di astuti faccendieri, i quali convincevano le giovani ed inesperte controparti a concludere contratti a condizioni inique¹⁴⁴. Pensiamo anche alle vittime di minacce e di raggiri in un'epoca storica in cui il dolo e violenza morale non avevano ancora ottenuto tutela giuridica. In questo campo, a Roma, fu l'editto pretorio ad innovare radicalmente nel corso del I sec. a.C., su spinte almeno parzialmente provenienti dal pensiero filosofico greco¹⁴⁵.

Anche l'*egestas* e la *paupertas* solleccitarono gli interventi delle istituzioni. La tendenza a potenziare l'evergetismo e a moltiplicare le iniziative degli organi pubblici in favore di soggetti bisognosi si evidenziò soprattutto in materia di istituzioni alimentari: sulle orme di Nerva, l'*optimus princeps* Traiano nel 103 d.C. emanò un provvedimento, con il quale dispose distribuzioni di frumento e denaro – in larga parte a carico dell'Imperatore – per il sostentamento e il mantenimento dei bambini (*pueri et puellae*) indigenti¹⁴⁶. Questo programma di assistenza pubblica in favore

¹⁴⁴ Sulla *cura minorum*, Gai 1.196-198; D. 4.4; I. 1.23; C. 2.22.23. In lett., v. soprattutto S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979.

¹⁴⁵ Sull'emersione della rilevanza giuridica del dolo è fondamentale la lettura di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973; per gli aspetti qui trattati, v. anche P. LAMBRINI, *Il dolo tra Grecia e Roma*, in *Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino, 2013, 469 ss.; EAD., *Il dolo: un concetto multiforme*, in *Persistenza e mutamenti nelle figure del diritto privato*, Napoli, 2023, 121 ss. Sul *metus*, E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011; I. PONTORIERO, *I vizi*, cit., 52 ss., 58 ss., con bibl.

¹⁴⁶ Fonti e lett. in G. MAININO, *La Tabula Alimentaria di Veleia fra politica, diritto ed evergetismo: problemi e prospettive*, in *Archivio Storico per le Province Parmensi*, 44, 1992, 345 ss.; ID., *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, 2019 (www.ledonline.it); R. LAURENDI, *Institutum Traiani. Alimenta Italiae obligatio praediorum sors et usura. Ricerche sull'evergetismo municipale e sull'iniziativa imperiale per il sostegno dell'infanzia nell'Italia romana*, Roma, 2018; I. MARRA, *La politica sociale per*

dell'infanzia dette l'avvio ad una folta legislazione succeduta in età imperiale per rimediare alla piaga della *paupertas*¹⁴⁷. La tutela delle persone bisognose e indigenti assunse allora – segnatamente con la diffusione del cristianesimo – variegate sfaccettature: dai provvedimenti normativi volti alla protezione dei più deboli nei confronti delle tante forme di arroganza e prevaricazione esercitate dai *potentes*, alla promozione di arricchimento dell'*ecclesia*, affinché quest'ultima fosse in grado di svolgere l'attività assistenziale in favore dei poveri (*adiuvare pauperes*) ma anche dei malati e degli emarginati in genere (si pensi alle prostitute¹⁴⁸), in linea con la sua missione evangelica. La delega alla Chiesa, da parte dell'Impero, dell'impegno in campo sociale a sostegno delle categorie fragili si affiancò pertanto alla fondazione di numerosi enti preposti a questo delicato e gravoso compito¹⁴⁹.

l'infanzia romana fra Augusto e Costantino dall'estemporaneità alla normazione. L'organizzazione amministrativa dei magistrati e degli addetti ai congiari per i pueri della plebe romana, Roma, 2024.

¹⁴⁷ Dettagliata trattazione in C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli, 2006. Tra le fonti più significative, CTh. 11.27.1 e C. 4.43.2, esaminate e commentate anche da C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem... comparaverit. Sul commercio di figli nel Tardo Impero*, Perugia, 2003, 33 ss., 41 ss.

¹⁴⁸ Sugli interventi imperiali volti a favorire la redenzione e la riabilitazione socio-giuridica delle prostitute, rinvio a quanto esposto in L. SOLIDORO, *La prostituzione femminile nel diritto imperiale*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto* (Napoli, 22-23 novembre 2012), a cura di L. Solidoro, Torino, 2019, 187 ss., in part. 227 ss., 235 ss., 242 ss. Fonti principali: CTh. 15.7.1-2, 8; C. 1.4.33.1-4; C. 5.4.23; Nov. 14.

¹⁴⁹ In tema, *Poveri ammalati e ammalati poveri. Dinamiche socio-economiche, trasformazioni culturali e misure assistenziali nell'Occidente romano in età tardoantica*, a cura di R. Marino, C. Molè e A. Pinzone, Catania, 2006; R. MARINO, *Povertà e malattia nella tarda antichità tra interventi pubblici e privati*, in *Mediterraneo Antico*, 10, 2007, 319 ss.

ABSTRACT

Si delinea un quadro d'insieme della fluttuante nozione di 'soggetto vulnerabile', formatasi in ambito sociologico e poi entrata nell'orbita giuridica. Il concetto sociologico e filosofico di 'vulnerabilità', una volta migrato nell'orbita giuridica, ha conservando l'indeterminatezza e la flessibilità originarie, accentuate dalla rinuncia dei legislatori alla elaborazione di una definizione precisa. Tale caratteristica della nozione di vulnerabilità necessariamente lascia oggi ai giudici nazionali e alle Corti internazionali un ampio margine di discrezionalità. Nel saggio si ripercorrono le molteplici tappe storiche attraverso le quali si è formata, consolidata ed espansa la protezione giuridica delle persone fragili, a partire dall'esperienza giuridica romana ai giorni nostri, dedicando particolare attenzione al tema della formazione e manifestazione della volontà di persone vulnerabili negli atti di autonomia. Ne risulta la perenne sinergia tra studio scientifico del diritto, legislazione e giurisdizione nella lenta individuazione delle categorie fragili, nella individuazione delle varie forme di volontà affievolite, nella predisposizione di tutele efficaci a fronte delle varie forme di approfittamento.

This essay outlines an overview of the evolving notion of the vulnerable subject, originally developed within sociological discourse and subsequently absorbed into the legal domain. Once transposed into the juridical sphere, the sociological and philosophical concept of vulnerability retained its original indeterminacy and flexibility, further accentuated by legislators' persistent refusal to provide a precise statutory definition. Such openness necessarily leaves both national judges and international courts with a broad margin of discretion. The essay retraces the multiple historical stages through which the legal protection of fragile individuals has been formed, consolidated, and expanded,

from Roman legal experience to the present day. Particular attention is devoted to the formation and expression of the will of vulnerable persons in acts of private autonomy. The result is a continuous synergy between legal scholarship, legislation, and adjudication in the gradual identification of fragile categories, in the recognition of weakened forms of *voluntas*, and in the provision of effective safeguards against the manifold forms of exploitation.

PAROLE CHIAVE

Vulnerabilità – Fragilità – Volontà – Diritto romano

Vulnerability – Fragility – Will – Roman Law

LAURA SOLIDORO
lsolidoro@unisa.it

Alle radici della normatività giuridica. Vulnerabilità e pratica dei diritti

SOMMARIO: 1. Un dispositivo poliedrico – 2. Cosa significa vulnerabilità? – 3. Vittime e soggetti vulnerabili.

1. Un dispositivo poliedrico

Il paradigma della vulnerabilità è sempre più al centro della pratica dei diritti. Esso, infatti, costituisce il principio ispiratore dell'agenda 2030 dell'Onu che come è noto è incentrata sul raggiungimento di una serie di obiettivi che pongono sulla scena la tutela della dignità della persona, invertendo la rotta delle politiche pubbliche precedenti e del paradigma tecnocratico.

In un orizzonte volto al superamento delle disuguaglianze, ampliare lo sguardo verso una nuova forma di umanesimo significa interrogarsi su quelle che Bobbio definiva nel 'Futuro della democrazia'¹ le promesse mancate e che richiedono oggi forme di agency diffuse e istituzionalizzate.

Pensiamo ai diritti di terza e quarta generazione di cui parla Bobbio, che assumono una crescente e complessa centralità come il diritto a vivere in un ambiente non inquinato, aspetto che riguarda l'annoso problema dei diritti delle nuove generazioni, o tutte le questioni che riguardano la tracciabilità del genoma umano e più in generale del corpo, specie del corpo femminile, crocevia di dilemmi legati al potenziamento della ricerca clinica, attraverso le

¹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995.

quali inevitabilmente passano anche nuovi modelli di società. Tutto questo ci interroga profondamente sui limiti dell'antropocene e sulle forme plurime di vulnerabilità, sempre più spesso relative a gruppi marginalizzati, che sollecitano una serie di domande sul futuro dei diritti e sul senso del legame sociale.

In tale ottica, vulnerabilità diventa una parola agita contro il rischio di discriminazioni che possono riguardare soggetti, gruppi, in particolari condizioni ed esposti al rischio di fortissime disuguaglianze sociali ed economiche anche in base all'appartenenza ad alcune categorie tradizionalmente escludenti, come razza, classe, genere. Disuguaglianze spesso esacerbate dalla crisi ambientale e dai forti cambiamenti dell'ecosistema, come nei paesi in cui la componente demografica più consistente vive in zone rurali ed è esposta pertanto a dinamiche escludenti, migrazione forzata, violenza.

L'emersione di una serie di fattori di oppressione e subordinazione è infatti all'origine di un'inclusione differenziale² che ridisegna in chiave escludente il lessico della cittadinanza, richiedendo un approccio che tenga conto delle condizioni di vulnerabilità così come evidenziato dal Human Rights Council (HRC) e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha riconosciuto una protezione speciale a gruppi portatori di bisogni radicati in una storia di marginalizzazione, come i migranti e richiedenti asilo politico, il genere, i minori, i portatori di disabilità.

Non mancano, del resto, fonti legislative di rango nazionale o internazionale che facciano esplicito riferimento alla nozione, come il decreto legislativo del 2005 n. 140 dedicato all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri che predispone una tutela da accordare in relazione a specifiche condizioni di vulnerabilità e

² Il concetto di inclusione differenziale è al centro dell'analisi di S. MEZZADRA, B. NELSON, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, 2014.

l'importantissima Direttiva del 2011 n. 36 che regola la questione spinosa della tratta di essere umani, individuando con precisione la posizione di vulnerabilità dei soggetti che ne sono vittima e che non hanno pertanto altra scelta effettiva ed accettabile se non quella di cedere all'abuso.

L'uso crescente dei termini vulnerabilità, gruppi vulnerabili, sia nelle politiche dell'unione europea, sia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo mostra pertanto come sia diventato un criterio argomentativo essenziale per ricomporre una molteplicità di figure soggettive che richiedono una protezione aperta alle specificità di volta in volta emergenti. Specificità che sollecitano risposte giuridiche che si intersecano nei confini precari della legalità internazionale o che situano in quei rapporti complessi e spinosi che strutturano il decision making e che assegnano alla qualifica di 'vulnerabile', di un soggetto o di un gruppo, la predisposizione di tutele multilivello, tra tecniche privatistiche e strumenti pubblicistici, nell'applicazione di una categoria elastica, priva cioè di una connotazione omogenea, che non ne restituisca il senso di un'applicazione contestuale. Ad es. il riconoscimento della condizione peculiare in cui versano certi consumatori comporta l'adozione di misure volte ad assicurare un elevato livello di tutela, e in tal senso, la vulnerabilità viene valutata alla luce di una serie di fattori esterni, come per es. la poca accessibilità di certi siti Internet e la difficile determinazione del luogo in cui sono stati compiuti gli atti necessari ai fini della conclusione del contratto.

Il richiamo più ricorrente all'interno delle fonti europee, ad età, genere, condizioni di salute, disabilità, piuttosto che a definizioni precise, ha il senso di una valutazione che non può affidarsi ad una tecnica di formalismo pratico, ossia di una scelta generale e astratta ma che invece richiede un temperamento sia rispetto a condizioni soggettive che oggettive. Aspetto che, inevitabilmente, tende a potenziare l'operato dei giudici in uno squilibrio crescente fra controllo e bilanciamento dei poteri, secondo il modello del

check and balance e che rende enigmatica la previsione della regolamentazione giuridica basata sulla specificità del caso.

L'ontologia della vulnerabilità presenta, pertanto, una fisionomia complessa e variegata, suscettibile di molteplici interpretazioni all'interno del processo civile e penale che differiscono fra loro e che sollecitano una serie di interrogativi che riguardano il suo rapporto con il tema delle soggettività, cioè della crisi del modello liberale di soggetto di diritto unico, sia il suo rapporto con la dimensione crescente della precarietà che attraversa gli orizzonti delle nostre vite contemporanee, caratterizzate da una progressiva transizione da uno stato di relativa stabilità a uno di ordinaria di insicurezza. Tale aspetto, originato da processi di contrazione dell'economia, dall'indebolimento crescente delle principali istituzioni della società, dal mercato del lavoro a quello della famiglia che registrano una flessibilità e precarietà crescente, manifesta una fisionomia complessa della vulnerabilità che ci chiede di fare chiarezza sulla sua valenza semantica, nel tentativo di sciogliere quella polisemia che caratterizza la sua dimensione linguistica formale.

2. Cosa significa vulnerabilità?

Ci sono diversi tipi di risposta a questa domanda. Il primo collega il concetto di vulnerabilità alla sua derivazione dalla parola latina *vulnus* ('ferita') e alla capacità di soffrire che è inerente all'incarnazione umana. Essere vulnerabili significa essere fragili, essere suscettibili alle ferite e alla sofferenza; questa suscettibilità è una condizione ontologica della nostra umanità, un aspetto universale della condizione umana. Una condizione che ci espone a continui attacchi corporali e che costituisce con Thomas Hobbes la ragione per la fondazione di un ordine sociale e giuridico, senza il quale sarebbe impossibile la cessazione del *bellum omnium contra omnes*. Significato che mostra come la protezione non sia naturale

ma artificiale, dal momento che comporta la sottoscrizione di quel contratto sociale da cui trae origine il diritto, inteso come l'unico strumento capace di neutralizzare il conflitto sociale, consentendo di uscire da uno stato di insostenibile insicurezza. Rappresentazione politico-giuridica cui l'eredità moderna sarà sempre debitrice e che porterà Herbert Hart proprio a partire dall'analisi delle caratteristiche del genere umano, raffigurabili attraverso l'immagine di cinque truismi, di cinque verità ovvie, in cui la vulnerabilità degli uomini è la prima, a teorizzare il contenuto minimo del diritto naturale³, ossia un nocciolo duro che lega il diritto alla morale e che rende indispensabile il diritto quale strumento di regolazione sociale.

Gli uomini sono, infatti, occasionalmente esposti ad attacchi corporali e normalmente vulnerabili da questi, approssimativamente uguali, né angeli e né demoni ma limitatamente altruisti, le tendenze alle aggressioni sono sufficientemente frequenti per essere fatali alla vita sociale in assenza di un controllo. Tale controllo, consistente in un sistema di reciproche omissioni formulate in forma negativa nel diritto e nella morale come proibizioni è, infatti, strumentale a garantire lo scopo minimale del vivere associati: la sopravvivenza del genere umano. Contenuto minimo di diritto naturale finalizzato dunque a garantire l'esistenza dinanzi a truismi strutturali alla natura umana, quali la vulnerabilità umana, l'uguaglianza approssimativa, l'altruismo limitato, le risorse limitate, la comprensione e la forza di volontà limitate, che chiamano in gioco la necessità che diritto e morale garantiscano una sorta di zoccolo duro.

Una chiave di lettura fondamentale che rielabora l'imprescindibile dicotomia coercizione-libertà che innerva la strutturazione normativa, ponendo sulla scena il senso e i fondamenti della convivenza e del legame sociale. Proprio in

³ H.L.A. HART, *Il Concetto di diritto*, Torino, 1965, 225-232.

questo significato di vulnerabilità affondano, pertanto, le radici della normatività giuridica.

Vulnerabilità come precariousness direbbe Judith Butler. Se, infatti, come scrive la filosofa, il corpo ha un'imprescindibile dimensione pubblica e quindi politica perché implica mortalità, vulnerabilità, azione, dal momento che la pelle e la carne ci espongono allo sguardo degli altri, ma anche al contatto e alla violenza, la narrazione della vulnerabilità porta inevitabilmente con sé le tracce della dimensione dell'altro, nel confronto ma anche nel conflitto scaturente dalla natura politica della corporeità⁴. Quest'ultima ci rimanda alla finitezza dell'essere umano e alla sua continua esposizione alla lacerazione⁵. Aspetto che fa emergere la dimensione intersoggettiva e relazionale della categoria che rende

⁴ J. BUTLER, *Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza*, Milano, 2013, 31-32.

⁵ «L'idea del corpo individualizzato del soggetto dei diritti non tiene adeguatamente in considerazione il senso di vulnerabilità, di esposizione, e anche di dipendenza, implicato nel diritto stesso, e che invece corrisponde, come vorrei suggerire, a un'idea di corpo alternativa. In altre parole, se siamo disposti ad accettare che parte di ciò che definisce un corpo (e questa è, per il momento, un'asserzione ontologica) è la sua dipendenza da altri corpi e da reti di supporto, dobbiamo anche accettare che la concezione individualistica del corpo, inteso come completamente distinto dagli altri, non è del tutto corretta. Ciò non significa che i corpi si fondano in un qualche amorfo "corpo sociale"; significa, però, che non è possibile concettualizzare il significato politico del corpo umano senza tener conto delle relazioni all'interno delle quali quel corpo vive e prospera, a meno di non volerci condannare al fallimento rispetto ai vari fini politici che ci proponiamo di raggiungere. Ciò che voglio dire non è solo che questo o quel corpo dipendono da una rete di relazioni, ma che il corpo, nonostante i suoi evidenti confini, o forse precisamente in virtù di quei confini, viene a essere definito da relazioni che rendono la sua vita e la sua azione possibili. Come spero di dimostrare, non potremmo comprendere la vulnerabilità corporea al di fuori di una concezione delle sue relazioni costitutive con altri esseri umani, con i processi vitali, con le condizioni inorganiche e con i mezzi di sussistenza». J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi. Note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, Milano, 2023, 109-110.

la vulnerabilità una condizione universale, intrinseca, ontologica del genere umano.

A tale significato Marta Fineman, uno dei riferimenti essenziali del Vulnerable Turn riconduce, del resto, il ripensamento del ruolo dello stato e delle istituzioni nella distribuzione di privilegi e opportunità all'interno della società e la necessità di contrastare le crescenti disuguaglianze di ricchezza, di posizioni e di potere del paradigma neoliberale, sostenendo come un'attenzione alla vulnerabilità universale smascheri il mito del soggetto unico, incarnando il fatto che la realtà umana comprende un'ampia gamma di abilità diverse e interdipendenti nell'arco della vita⁶. Finemann, in tale prospettiva, denunciando come i sistemi politici contemporanei siano caratterizzati da disfunzioni e distorsioni nell'accesso a uguali opportunità, propone una riproblematizzazione della soggettività alla luce della condizione universale di vulnerabilità, da intendersi quale paradigma più stringente dell'approccio basato sull'uguaglianza, perché fondato su una riconcettualizzazione del ruolo dello stato e delle istituzioni nella distribuzione di privilegi e opportunità all'interno della società e sul rafforzamento della democrazia e della partecipazione pubblica.

Utilizzare la vulnerabilità come griglia di intelligibilità della realtà sociale così come delle istituzioni politiche e del diritto stesso non può significare, infatti, limitarsi ad una lettura antropologica della categoria – nella quale l'esposizione ad attacchi corporali origina dalla limitatezza costitutiva della natura umana – ma coglierne le forme politiche e sociali che essa oggi riveste e che originano dalla contrazione delle capacità individuali e collettive dei soggetti. Tale declinazione di vulnerabilità, quella che nel lessico di Butler è

⁶ M.A. FINEMAN, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, in *Vulnerabilità, etica, politica, diritto*, a cura di M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo e L. Re, Roma, 2018, 141-178.

definita come precarity, fa leva su quelle forme di distribuzione differenziale sociale ed economica politicamente indotte e che riflettono discriminazioni nell'accesso ai diritti. Una vulnerabilità che richiama le strutture di potere e di dominio dei corpi ed i processi di precarizzazione che originano dalla razionalità neoliberale e che ci interrogano profondamente sugli spazi di rinegoziazione politica e sulla nostra responsabilità collettiva. Vulnerabilità è da intendersi, qui, pertanto, in un senso molto complesso che amplifica quella dimensione peculiare della specie, connotata dalla fragilità e dalla finitezza dell'esistenza umana, naturalmente esposta a danni permanenti, assorbendo al suo interno la poliedricità delle sue forme sociali, culturali, politiche ed economiche, generate dalla contrazione dei diritti sociali.

Siamo certamente in presenza di questioni spinose che pongono luce sulle asimmetrie che si radicano nei processi di stratificazione e di riproduzione sociale cui hanno contribuito in maniera significativa lo smantellamento del Welfare e la svolta neoliberale. Processi che ci restituiscono un inserimento instabile dentro i principali sistemi di integrazione sociale e di redistribuzione delle risorse e che comportano il rischio di una lesione alla dignità e all'integrità delle persone, rendendo non più aggirabile un discorso sui diritti che prenda sul serio la riconcettualizzazione delle forme di potere neoliberale.

In tale prospettiva, allora, fare riferimento alla vulnerabilità in relazione a soggetti, a gruppi, significa togliere il velo di invisibilità che avvolge le esistenze individuali dandone una rappresentazione politica e dunque pubblica. Un dispositivo, dunque, quello della vulnerabilità che disvela l'interdipendenza fra potere e riconoscimento e che contiene *in nuce* un potenziale trasformativo nel suo porre inevitabilmente al centro del palcoscenico le storie di

marginalizzazione: aspetto che non può non aprire a forme di agency e a pratiche di resistenza⁷.

3. *Vittime e soggetti vulnerabili*

Come messo in luce da Butler, nella problematizzazione del rapporto fra vulnerabilità e genere, parlare di soggetti vulnerabili in riferimento ad un'intera classe di persone – come per. es. le donne – potrebbe portare con sé l'insidia di riprodurre quei rapporti di forza che si vorrebbe contrastare, radicalizzandoli in una rappresentazione che ne enfatizza la fragilità e la debolezza. Al tempo stesso, etichettare tutti i soggetti come ugualmente vulnerabili potrebbe indebolire il dispositivo nella pratica dei diritti, oscurando, piuttosto che permettendo, l'identificazione dei bisogni specifici del contesto di particolari gruppi o individui.

Siamo evidentemente in presenza di una categoria prismatica rilevatrice di aspetti molteplici e diversificati dal momento che a seconda della zona che rimane in ombra possono generarsi differenti dinamiche di marginalizzazione e di discriminazione.

In tale ottica risulta opportuno fare riferimento a quella forma di vulnerabilità oggi sempre più utilizzata come criterio argomentativo nelle corti internazionali cui sono esposte alcune persone per capacità, potere o controllo ridotte nella protezione

⁷ Sottolinea come la vulnerabilità possa trasformarsi nel luogo di resistenza all'oppressione F. MACIOCE, *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Torino, 2021, 169.

dei propri interessi rispetto ad altri agenti⁸: la c.d. vulnerabilità situazionale che è specifica del contesto⁹.

Basti pensare agli usi della categoria da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulle minoranze Rom sia nel caso Chapman/Regno Unito¹⁰, ove la condizione di vulnerabilità è strettamente legata alla continua esposizione a pregiudizi e stereotipi sia nella decisione DH/Repubblica Ceca in cui la collocazione di bambini Rom in scuole destinate a minori con difficoltà di apprendimento viene condannata anche in virtù delle duplici forme di vulnerabilità di tutti i soggetti coinvolti e

⁸ «La vulnerabilità è fortemente esacerbata in certe condizioni politiche e sociali, soprattutto se la violenza diventa una modalità dell'esistere e le possibilità di autodifesa sono ridotte.

Prestare attenzione a questa vulnerabilità significa forse rivendicare soluzioni politiche e non militari, mentre negarla mediante un delirio di dominio (un delirio istituzionalizzato di dominio) non fa che alimentare gli strumenti della guerra. Non possiamo, tuttavia, trascurare la vulnerabilità. Dobbiamo prestarle ascolto, esserle prossimi, proprio perché cominciamo a riflettere sui possibili esiti di una politica che prenda le mosse dalla vulnerabilità del corpo, in una situazione nella quale noi stessi possiamo essere sconfitti, oppure perdere gli altri. [...] Ma questo potrebbe essere un nuovo punto di partenza, se riuscissimo a trasformare la preoccupazione narcisistica della melanconia nell'attenzione verso la vulnerabilità altrui. Potremmo così valutare e contrastare quelle condizioni in cui alcune vite umane sono più vulnerabili, e di conseguenza più degne di lutto, rispetto ad altre. Da dove, se non dalla preoccupazione per la comune vulnerabilità umana, potrebbe emergere un principio in base al quale ci impegniamo a proteggere gli altri dalle stesse sofferenze che noi abbiamo patito? Non intendo negare che la vulnerabilità sia differenziata, che sia localizzata in modo diverso sul pianeta». J. BUTLER, *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, Milano, 2017, 34-35.

⁹ Tassonomia elaborata da *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, ed. by C. Mackenzie, W. Rogers and S. Dodds, New York, 2014.

¹⁰ La sentenza è reperibile al seguente link [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:\[%22001-59154%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-59154%22]})

considerata quale segregazione ingiustificata e discriminatoria di una minoranza etnica¹¹.

Un riferimento più esplicito alla vulnerabilità situazionale si riscontra nella Direttiva 2011 n. 36 menzionata precedentemente e nel Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite, comunemente conosciuto come Protocollo di Palermo sulla tratta, nel quale è introdotta l'abuso della posizione di vulnerabilità in relazione alla labilità dei lemmi libertà, volontà, coercizione, asimmetria, sfruttamento, violenza, su cui si struttura il consenso¹².

Si tratta di una categoria regolamentata a livello europeo dalla Convenzione di Varsavia (2005) e di Lanzarote (2007) che tende ad esprimere anche una tendenza del sistema penale di coinvolgimento di interessi considerati preminenti in relazione alle risposte penali da assicurare. Tale mutamento di paradigma del diritto penale, che dalla spersonalizzazione del soggetto passivo del reato tende sempre più frequentemente ad una individualizzazione della persona offesa dal reato, si fonda sul ricorso a forme soggettive di qualificazione giuridica della vittima.

Senza dubbio, però, etichettare determinare gruppi come vulnerabili, se presenta il pregio di scovare oltre la lente della vulnerabilità ontologica¹³, diversificando la tutela da accordare, rischia di ingenerare risposte paternaliste così come radicalizzare atteggiamenti vittimistici innescati dalle strutture socioeconomiche di dominio e di potere. La questione infatti ruota intorno al concetto spinoso di autonomia e non può non ricomprendere gli effetti stigmatizzanti che si dischiudono e i rischi di vittimizzazione secondaria.

¹¹ La sentenza è reperibile al seguente link [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-83256%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-83256%22]})

¹² Per un'analisi di tali questioni cfr. E. SANTORO, *Vulnerabilità fra teoria politica e testi normativi: un linguaggio nuovo per dire cose vecchie o un nuovo strumento teorico?*, *Postfazione* a A. FURIA, S. ZULLO, *La vulnerabilità come metodo*, Roma, 2020, 145 s.

¹³ Nel senso inteso da M. FINEMAN, *Il soggetto*, cit., 166 s.

In tale ottica, emerge la complessità di un sottoinsieme di vulnerabilità situazionali che sono particolarmente preoccupanti dal punto di vista etico, alle quali ci riferiamo come vulnerabilità ‘patogene’. Per esempio, le persone con disabilità cognitive, che sono attualmente vulnerabili a causa dei loro bisogni di assistenza, sono quindi suscettibili di forme patologiche di vulnerabilità, in quanto maggiormente esposte a forme di violenza. A tale significato fa riferimento per es. sulla scorta del diritto contrattuale europeo in formazione, il codice civile francese ha introdotto un articolo che attribuisce rilevanza giuridica allo «stato di dipendenza» («l'état de dépendance») di un contraente rispetto all'altro. L'art. 1143 code civil stabilisce che «Si ha ugualmente violenza quando una parte, abusando dello stato di dipendenza in cui si trova il proprio contraente, ottiene da quest'ultimo un impegno che non avrebbe assunto in assenza di una tale costrizione («contrainte») procurandosi un vantaggio manifestamente eccessivo». L'ordinamento francese per la prima volta dà rilevanza in termini generali a uno stato soggettivo – la dipendenza non soltanto economica dalla controparte – senza precisarne la causa, dal momento che la dipendenza può originare da una molteplicità di fattori¹⁴. Lo stato di dipendenza, che pure riguarda questa condizione, copre, però, un ventaglio più ampio di situazioni di debolezza, non legate necessariamente a patologie psichiche, ma costituite da connotazioni specifiche della persona, quali l'inesperienza o la fiducia incondizionata, che la inducono a contrarre credendo erroneamente di aver bene operato.

Dietro a tale concetto non c'è pertanto, uno *status* personale, ma la necessità di contrastare dinamiche discriminatorie, assicurando il rispetto del principio personalistico. In gioco è pertanto la presa

¹⁴ Su tali aspetti e nell'ottica di una comparazione con l'ordinamento italiano cfr. A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, 88-115.

di coscienza della complessità dell'umano e della difficoltà di azionare il dispositivo dell'uguaglianza formale dinanzi a situazioni molteplici e differenziate che richiedono una protezione specifica. Siamo in presenza di un quadro multiforme che rifugge al criterio del tutto o operando sotto l'influenza di fattori connessi a genere, razza, disabilità, nella valorizzazione di quelle differenze che affondano le loro radici negli aspetti più identitari dell'esperienza umana¹⁵.

Se infatti vulnerabile attiene a tutto ciò che è stato trascurato, dimenticato, un'etica della vulnerabilità non può non considerare la «susceptibilità contingente di particolari persone o gruppi a specifici tipi di danno o minaccia»¹⁶ pur senza darne una lettura che cristallizzi le proprietà o le caratteristiche di tali soggetti che potrebbe ingenerare risposte paternalistiche e forme di controllo esteso¹⁷.

In questa prospettiva, la nozione di vulnerabilità può svolgere un compito euristico legato al ragionamento giustificativo, inteso come insieme delle ragioni addotte a sostegno della conclusione raggiunta dall'interprete e il suo uso in sede giudiziale presuppone un modello decisione 'situata' che, presta attenzione alle circostanze.

Sguardo situato che pone sulla scena il ruolo della giurisprudenza sempre più proteso in chiave «inventiva», nel senso che configura, come magistralmente messo in luce da Grossi¹⁸,

¹⁵ Approfondisce le tematiche legate al riconoscimento B. PASTORE, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018, 138.

¹⁶ *Vulnerability, New Essays in Ethics*, cit.

¹⁷ Sui rischi di una ricostruzione omogenea e gerarchica si soffermano F. LUNA, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*, in *The International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2.1, 2009, 121-139; K. BROWN, "Vulnerability": *Handle with Care*, in *Ethics and Social Welfare*, 5.3, 2011, 313-321.

¹⁸ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 114 s.

un'attività di intuizione, percezione e comprensione segnata sul piano assiologico e che mostra il nesso genetico fra diritto e società. Nesso che soprattutto in età di incertezze, di stratificazioni molteplici e di interrelazione tra i diversi strati ci consegna la valorizzazione del giurista, nel recupero di quell'identità storicamente risalente al diritto romano, allo *ius commune* medievale e ai giuristi di common law.

ABSTRACT

Il paradigma della vulnerabilità è sempre più al centro della pratica dei diritti.

L'uso crescente dei termini vulnerabilità, gruppi vulnerabili, sia nell'agenda 2030 dell'Onu che nelle politiche dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo mostra come esso sia diventato un criterio argomentativo essenziale per ricomporre una molteplicità di figure soggettive che richiedono una protezione aperta alle specificità di volta in volta emergenti. Specificità che evidenziano i rischi di discriminazione e marginalizzazione sociale e che ci interrogano sul senso e sui fondamenti della convivenza e del legame sociale, consegnandoci la radice dinamica e pluralista dei diritti.

The vulnerability paradigm is increasingly at the heart of rights practice.

The growing use of the terms 'vulnerability' and 'vulnerable groups', both in the UN's 2030 Agenda and in European Union policies and the case law of the European Court of Human Rights, shows how it has become an essential argumentative criterion for recomposing a multiplicity of subjective figures that require protection open to the specificities that emerge from time to time. These specificities highlight the risks of discrimination and social

marginalisation and question the meaning and foundations of coexistence and social bonds, revealing the dynamic and pluralistic roots of rights.

PAROLE CHIAVE

marginalizzazione – diritti – neoliberalismo – giustizia

marginalisation – rights – neoliberalism – justice

VALERIA GIORDANO

vgiordano@unisa.it

La circonvenzione di incapace: dalla Legge Letoria allo ‘stato di dipendenza’

SOMMARIO: 1. Autonomia privata e situazioni di approfittamento – 2. Sviluppo psico-fisico e capacità di agire in diritto romano – 3. La *lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* – 4. La tutela edittale dei *minores viginti quinque annis* – 5. La *cura minorum* – 6. Riflessi dell’esperienza romana antica nell’ordinamento italiano: il caso della circonvenzione di persona incapace.

1. *Autonomia privata e situazioni di approfittamento*

Quando si voglia guardare all’autonomia privata¹ nel suo senso più autentico diviene centrale la preoccupazione che l’agire

¹ La pervasività e flessibilità che connotano le manifestazioni dell’autonomia privata hanno ispirato una vasta letteratura. L’utilità dello studio storico dell’argomento, a cui il presente lavoro intende essere funzionale, trova riscontro nella incontrovertibile osservazione per cui «Non si conoscono ordinamenti giuridici in cui non esista una (maggiore o minore) autonomia dei consociati» (v. R. SACCO, voce *Autonomia in diritto privato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 517). Peraltro, solo attraverso l’analisi diacronica dei rapporti tra autonormazione ed eteronormazione è possibile enucleare i principali fattori che, nel corso delle epoche, hanno decretato la maggiore fortuna dell’una o dell’altra, consegnando elementi utili all’interpretazione delle tendenze odierne. Vi è chi mette in guardia, però, dal distinguere gli ‘atti di autonomia privata’ in senso proprio, dagli ‘atti di legislazione privata’, ossia da quei regolamenti contrattuali che sono prodotti da un ristretto numero di centri di produzione testuale al servizio della grande impresa, in cui non è riconoscibile un equilibrio

tra autori normativi (così, ad es., P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, 37 ss.). In questa sede, la trattazione riguarderà solo il primo tipo di figure. Per un'introduzione al tema dell'autonomia privata, la cui disamina è sovente collegata alla figura del negozio giuridico, si v., ma senza pretesa di esaustività: V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano (a.a. 1892-1893)*, Roma, 1933; A. MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935; F. VON HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen, 1936; V. SCIALOJA, voce *Negozio giuridico*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, 974 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV.2, Torino, 1950, rist. anastatica, Napoli, 2002; G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, 190 ss.; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203 ss.; A. CATAUDELLA, voce *Negozio giuridico*, in *Enc. Forense*, V, Milano, 1960, 39 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim.*, 1965, 11 ss.; V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*², Milano, 1967; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970; F. GALGANO, voce *Negozio giuridico*, *Diritto privato*: a) *Premesse problematiche e dottrine generali*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977; G. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*³, Napoli, 1983, 125 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, III.1, Milano, 1988; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Negozio giuridico. Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990; G.B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 61 ss.; R. SACCO, voce *Negozio astratto, negozio giuridico (circolazione del modello), nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 48 ss.; G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 245 ss.; D. COESTER-WALTJEN, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits - The Perspective of Law*, in *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, ed. by S. Grundmann, W. Kerber and S. Weatherhill, Berlino, 2001, 41 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001; P. CISIANO, voce *Atto*

giuridico del soggetto di diritto risulti espressione genuina del suo modo di essere, integrando una manifestazione non soltanto cosciente ma anche autenticamente rispondente al contenuto delle sue convenienze e aspirazioni. Soltanto in presenza di tali presupposti, infatti, è possibile ritenere che l'autoregolamentazione di rapporti e situazioni risponda agli intendimenti del privato che ne è titolare.

Il processo di formazione della volontà destinata ad innovare la realtà giuridica può fisiologicamente prevedere la collaborazione di terzi senza che questa pregiudichi la genuinità del risultato. È infatti pienamente lecito che altri mettano a disposizione dell'individuo le proprie capacità previsionali e le proprie competenze per sopperire ad eventuali minorazioni di cui è affetto o colmare situazioni di svantaggio, come quelle legate ad asimmetrie informative o all'eccessivo divario di potere contrattuale².

non negoziale autonomo, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Agg.*, I, Torino, 2003; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 29 ss.; J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 16, 2008; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist., Napoli, 2008; G. ALPA, *Party Autonomy and Freedom of Contract Today*, in *European Business Law Review*, 2010, 119 ss.; A. COLOMBI CIACCHI, *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, in *European Review of Civil Law*, 3, 2010, 303 ss.; N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, rist. anastatica dell'edizione del 1948, Napoli, 2011; M. BRUTTI, *Dal contratto al negozio giuridico*, *Appunti*, Torino, 2013; R. SACCO, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. Disc. priv. - Sez. civ. Agg.*, I, Torino, 2014, 452 ss.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015; *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016; P. FEMIA, *Autonomia. Frammento 2016*, Napoli, 2016; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019; A. TARTAGLIA POLCINI, G. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti*, Napoli, 2019; E. GABRIELLI, *L'autonomia privata: dal contratto alla crisi d'impresa*, Padova, 2020; ID., *L'autonomia privata*, II. *Teoria del contratto e diritto comparato*, Padova, 2021.

² A riguardo è stata coniata la nozione di 'autonomia negoziale assistita'. In tali casi, al soggetto che si trovi in posizione svantaggiata vengono assicurati

Diverso è il caso delle pressioni e delle interferenze che abbiano quale fine ultimo quello di alterare i gusti e le convenienze individuali, conducendo a determinazioni che l'interessato, in tutto o in parte, non avrebbe assunto.

Proprio questo appare il versante più delicato con il quale deve misurarsi la tutela della libertà morale della persona, con punte di eccesso quando le fattispecie considerate non coinvolgano chi risulti radicalmente incapace di concepire un pensiero proprio, ma propongano situazioni di disagio estemporanee, svincolate da una menomazione psicofisica conclamata. In simili casi, infatti, il Legislatore è chiamato ad un complesso bilanciamento tra il riconoscimento delle più ampie possibilità in campo negoziale – a cui il soggetto psichicamente normodotato aspira – e la degradazione di poteri e facoltà realizzata per soddisfare l'esigenza di protezione.

Fondamenti e limiti della tutela apprestata ai fragili costituiscono tematiche dense di implicazioni sul piano giuridico ed etico, aggravate dalla crescente impressione che lo stato delle relazioni sociali e gli avanzamenti tecnologici favoriscano più che in passato situazioni di approfittamento.

Pervenire a una compiuta comprensione del fenomeno significa prendere atto che le soluzioni segnalate dal contesto normativo e giurisprudenziale esistente non sono necessariamente originali e, comunque, costituiscono soltanto uno degli approcci possibili alle problematiche proposte dalla quotidianità.

strumenti di supporto destinati a prevenire il raggiungimento di accordi per lui pregiudizievoli, come l'affiancamento da parte di un rappresentante della propria associazione di categoria. Un ambito di elezione dell' 'autonomia negoziale assistita' è costituito dalla materia giuslavoristica, su cui v., anche per l'apparato bibliografico, il recente volume collettaneo *Teoria e prassi della certificazione dei contratti, dell'autonomia negoziale assistita e della conciliazione delle controversie di lavoro*, a cura di S. Ciucciovino, I. Alvino, M. Giovannone e F. Lamberti, Roma, 2024.

2. Sviluppo psico-fisico e capacità di agire in diritto romano

Una visione matura del problema, di fatto, può riscontrarsi già a Roma antica.

In quel frangente, la percezione che il trascorrere del tempo contribuisse allo sviluppo psico-fisico dell'essere umano e gli consentisse l'accumulo di sempre maggiori esperienze indusse a conferire a una specifica fase dell'esistenza un ruolo centrale nel riconoscimento della capacità di agire.

Il diritto privato romano attribuì la piena facoltà di modificare in modo autonomo la propria sfera giuridica unicamente a quanti possedevano la qualifica di *puberes*, tali essendo considerati coloro che avevano raggiunto il pieno sviluppo sessuale, ritenuto indice di maturità anche sul piano intellettuale³.

Il conseguimento della pubertà rendeva i cittadini romani maschi e *sui iuris* protagonisti della vita giuridica.

Dell'argomento si occupa Gai 1.196:

Gai 1.196: *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum*

³ Per gli stessi scopi, è opinione consolidata che la giurisprudenza classica – o della prima età postclassica – sia invece pervenuta a riconoscere, all'interno della categoria degli *impuberes*, differenziazioni legate a particolari attitudini manifestate dai soggetti, il cui apprezzamento avrebbe subito variazioni nel corso del tempo. Probabilmente, la prima distinzione ad imporsi fu quella tra fanciulli incapaci di parlare correttamente, perciò detti *infantes*, e *'qui fari possunt'*, capaci di articolare il discorso e, quindi, ritenuti in condizione di compiere atti per i quali era prevista la forma orale. In un periodo successivo, la distinzione avrebbe acquisito maggiore accuratezza, per cui la categoria di coloro che erano in grado di esprimersi avrebbe visto la contrapposizione tra quanti avevano la possibilità di comprendere la portata degli atti che andavano a compiere e quelli che ne erano privi. Diffusamente sul punto, v. F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni riguardo all'età impubere nelle fonti giuridiche romane*, in *Scritti di storia per M. Pani*, Bari, 2011, 211 ss.

esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui XIII annos explevit.

Il passo risulta significativo non solo per le informazioni di tipo strettamente tecnico che offre ma anche per la limpidezza con cui evidenzia un paradosso: il processo di invecchiamento fisico, per quanto soggetto a leggi di natura, solo in apparenza è suscettibile di una lettura oggettiva, perché le modalità con cui viene valutato possono non essere univoche e scovre dal condizionamento da parte di valori e credenze. Ed infatti, il grado di maturità del singolo da un alto dovrebbe desumersi all'esito di un accertamento in concreto, secondo la direttiva sabiniana, dall'altro è rimesso a presunzioni legate all'età, come suggerito con maggior fortuna dai Proculiani. Nel contrasto di opinioni tra le due celebri *sectae*, l'invecchiamento umano manifesta a pieno la sua duplice natura di processo fisico universale e costruzione sociale⁴.

Il parametro della *pubertas* impiegato dal diritto per assicurare all'individuo il libero esercizio di poteri e facoltà vincola la capacità di agire ad elementi esteriori ed agevolmente riscontrabili, escludendo, salvo casi particolari, un'indagine psicologica⁵. L'oggettivazione degli indici impiegati per misurare lo sviluppo della persona sembra diretto a prevenire qualunque incertezza nello svolgimento di valutazioni dalle conseguenze tanto significative sul piano del *ius*, specie quando prese ad imperare la concezione, di

⁴ J. TIMMER, voce *Age*, in *The Encyclopedia of Ancient History*, Hoboken, 2013, 173 ss.

⁵ In questo senso v. pure G.M. GUIDA, *L'evoluzione dei criteri generali per l'attribuzione della piena capacità di agire*, in *Italian Review of Legal History*, 5, 2019, 437 ss.

ascendenza ippocratica, per cui non solo gli stati di salute e malattia, ma anche le età dell'uomo derivassero dal diverso combinarsi, all'interno del corpo, dei quattro *humores* che vi erano ospitati (bile gialla, sangue, bile nera, flegma)⁶.

Meno efficace sembra l'ipotesi alla cui stregua il richiamo alla maturità sessuale sottintendesse la scelta di rendere autonomi i vari *fīlīi familias* appena fosse possibile per favorire la creazione di nuovi nuclei familiari, in linea con le aspettative di crescita di una società

⁶ Interessanti indicazioni sulla concezione medica della pubertà si rinvencono in F. JACOBY, *Zu Hippocrates Peri aerōn, hydatōn, topōn*, in *Hermes*, 46, 1911, 518 ss.; H. DILLER, *Wanderarzt und Aitiologie. Studien zur hippokratischen Schrift Peri aerōn, hydatōn, topōn*, Leipzig, 1934; E. EYBEN, *Antiquity's View of Puberty*, in *Latomus*, 31.3, 1972, 677 ss. Per un'introduzione alle teorie di Ippocrate, v. P. LAÍN ENTRALGO, *La medicina hipocrática*, Madrid, 1970; G.E.R. LLOYD, *Hippocratic Writings*, London-New York, 1978; *Hippocratica*, éd. par M. Grmek, Paris, 1980; A. BOZZI, *Note di lessicografia ippocratica. Il trattato Sulle arie, le acque, i luoghi*, Roma, 1982; P. LAÍN ENTRALGO, *El Diagnóstico Médico. Historia y Teoría*, Barcelona, 1982; M. GRMEK, *Il concetto di malattia*, in *Storia del pensiero medico occidentale*, I, a cura di M. Grmek, Roma-Bari, 1993, 323 ss.; J. JOUANNA, *Hippocrate*, Torino, 1994; ID., *Notice*, in *Hippocrate. Airs, Eaux, Lieux*, Paris, 1996, 7 ss.; *Ancient Histories of Medicine. Essays in Medical Doxography and Historiography in Classical Antiquity*, ed. by Ph. Van der Eijk, Leiden, 1999, 33 ss.; W.D. SMITH, *The Hippocratic Tradition*, Ithaca, 2002; E. SAMAMA, *Les médecins dans le monde grec. Sources épigraphiques sur la naissance d'un corps médical*, Genève, 2003; H.F.J. HORSTMANHOFF, M. STOL, *Magic and Rationality in Ancient Near Eastern and Graeco-Roman Medicine*, Leiden, 2004; *Hippocrates in context. Papers read at the XIth International Hippocrates Colloquium. University of Newcastle upon Tyne, 27-31 August 2002*, ed. by Ph. van der Eijk, Leiden, 2005, 157 ss.; *Greek Medicine from Hippocrates to Galen*, ed. by Ph. van der Eijk, Leiden, 2012; B. HOLMES, *The Symptom and the Subject. The Emergence of the Physical Body in Ancient Greece*, Princeton, 2010; H. BARTOS, *Philosophy and Dietetics in the Hippocratic On Regimen. A Delicate Balance of Health*, Leiden, 2015; E.M. CRAIK, *The 'Hippocratic' Corpus: Content and Context*, London-New York, 2015; M. VEGETTI, *Scritti sulla medicina ippocratica*, Pistoia, 2018; *Ippocrate e gli altri. XVI Colloquio Internazionale Ippocratico, Roma 25-27 ottobre 2018*, a cura di D. Manetti, L. Perilli e A. Roselli, Roma, 2022.

agricolo-pastorale⁷. L'età del *filius* e la sua capacità di generare prole non ne avrebbero garantito l'autonomia familiare, per la quale risultava indispensabile la sopravvenienza di atti o fatti ablativi della *patria potestas* a cui era assoggettato.

3. *La lex Laetoria de circumscriptione adulescentium*

Il mutare degli assetti sociali ed economici, specie in epoca postannibalica, comportò che il richiamo alla pubertà fosse gradualmente percepito come incapace di riservare il libero esercizio di poteri e facoltà giuridiche a chi disponesse davvero degli strumenti cognitivi per farne un uso consapevole.

I criteri impiegati per il riconoscimento della capacità di agire non furono oggetto di riformulazione ma lo *ius* si fece carico di proteggere i *negotiatores* più giovani.

La materia si giovò in modo decisivo di un provvedimento intervenuto tra gli ultimi anni del III e i primi anni del II secolo a.C.

Tramandatoci alla stregua di una *lex*, ma ragionevolmente corrispondente ad un plebiscito⁸, la sua denominazione esatta è stata ampiamente dibattuta fino al consolidarsi di una significativa

⁷ G.M. GUIDA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra corpus, idoneità fisica e 'acquisto' della capacità di agire nell'esperienza giuridica romana*, in TSDP, 14, 2021, 21 ss.

⁸ Pare attestata l'esistenza di una *gens Laetoria* di estrazione plebea i cui membri risultano coinvolti nell'amministrazione cittadina in epoca coeva alla promulgazione della legge, l'uno come pretore nel 210 a.C., l'altro come edile plebeo otto anni dopo, nel 202 a.C. (S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979, 57 ss.). Non risultando noto alcun *Laetorius* console, l'ipotesi di un plebiscito appare altamente probabile (Y. THOMAS, *Loi Laetoria (pl. sc.) sur le crédit aux mineurs de vingt-cinq ans*, in *Lepor. Leges Populi Romani*, sous la dir. de J.-L. Ferrary et de P. Moreau. [online] (<http://www.cn-telma.fr/lepor/notice595/>). Data di pubblicazione online: 18/01/20).

preferenza verso la lezione *lex Laetoria*, tributaria di maggiori attestazioni⁹.

Le poche testimonianze superstiti che riguardano l'intervento normativo convergono rispetto al fatto che esso prendesse in considerazione le negoziazioni svolte dai *minores XXV annorum* e prevedesse un meccanismo per la loro sanzione¹⁰.

⁹ Il provvedimento è identificato come '*lex Plaetoria*' dalla *Tabula Heracleensis* e tale è stata ritenuta la sua denominazione corretta da chi sottolinea la particolare risalenza del riferimento (F.K. SAVIGNY, *Von dem Schutz der Minderjährigen im röm. Recht und insbesondere von der Lex Plaetoria*, Berlin, 1833; E. WEISS, voce *Lex Plaetoria*, in RE, V Suppl., Stuttgart, 1931, coll. 578 ss.; A. BERGER, voce *Lex Plaetoria*, in RE, VII Suppl., Stuttgart, 1940, col. 398; A. WACKE, *Zum Rechtsschutz minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen - besonders durch die exceptio legis Plaetoriae*, in RHD, 48, 1980, 203 ss.). Tutte le altre fonti, compreso il reperto epigrafico della *lex Irnitana*, fanno riferimento ad una *lex Laetoria*, contribuendo a rendere più convincente tale indicazione. M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, London, 1996, 386 considera la grafia '*Plaetoria*' come conseguenza di un errore di incisione. Ulteriori richiami al provvedimento e alle principali problematiche che lo stesso solleva possono riscontrarsi in F.K. SAVIGNY, *Schutz der Minderjährigen und Lex Plaetoria*, 1831, in *Vermischte Schriften*, Berlin, 1850, 321-395; F. SENN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, Paris, 1902, 55 ss.; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1921, 171; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 191; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, in *Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, München, 1962, 52 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Handbuch der Altertumswissenschaft*, München, 1971, 276 s.; ID., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, in *Österreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, Wien, 1977, 39 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 514 ss.; A. WACKE, *Zum Rechtsschutz Minderjähriger Gegen Geschäftliche Übervorteilungen*, in TR, 48, 1980, 203 ss.; H.-G. KNOTHE, *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung*, Frankfurt-Bern, 1983, 53 ss.; E.C. ROBBA, *Die Drittwirkung der Minderjährigenrestitution im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2014, 204 s.

¹⁰ L'attenzione riservata dalla legislazione romana alla componente meno matura della popolazione costituisce un valido argomento per contrastare l'assunto di H.W. PLEKET, *Licht uit Leuven over de Romeinse Jeugd?*, in *Lampas*, 12, 1979, 173 ss.

In questo senso militano inequivocabilmente gli indizi disseminati in due luoghi plautini, convenzionalmente presi a riferimento anche per stabilire l'epoca di introduzione della disciplina¹¹.

Il primo è costituito da *Rud.* 1375-82:

Grip.: *Cedo sis mihi talentum magnum argenti, periurissime.* 1375
Daem.: *Gripe, quod tu istum talentum poscis?* Grip.: *Iuratust mihi dare.* Labr.: *Libet iurare. tun meo pontifex peiurio es?*
Daem.: *Qua pro re argentum promisit hic tibi?* Grip.: *Si vidulum hunc redegissem in potestatem eius, iuratust dare mihi talentum magnum argenti.* Labr.: *Cedo quicum habeam iudicem,* 1380
ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum <haud> siem quinque et viginti annos natus.

Nell'occasione, lo schiavo Gripo ha recuperato un baule del lenone Labrace e chiede a quest'ultimo di consegnargli la ricompensa che si era impegnato a corrispondere a chi lo avesse ritrovato. Labrace, in modo davvero sfacciato, invece di attenersi ai patti, invoca platealmente la nomina di un giudice che controlli se l'accordo che gli viene chiesto di rispettare sia stato frutto di malizia e se lui stesso abbia compiuto venticinque anni.

Vi è poi *Pseud.* 299-304:

secondo il quale l'antichità non conobbe un concetto di 'giovinezza', perché imponeva agli individui l'assunzione di responsabilità gravose in una fase precoce della loro vita. L'impressione pare ulteriormente smentita dalla previsione di età minime per percorrere il *cursus honorum*, invalsa a Roma a partire almeno dal 180 a.C. (v. E. EYBEN, *Was the Roman 'Youth' an 'Adult' Socially?*, in *AC*, 50, 1981, 1-2, 328 ss.).

¹¹ S. DI SALVO, *Lex Laetoria*, cit., 36, considerando il 191 a.C., data di rappresentazione dello *Pseudolo* quale *dies ante quem*, richiama quale intervallo di interesse quello tra il 200 e, appunto, il 191 a.C.

Cal.: *Nimis miser sum, nummum nusquam reperire argenti queo;
ita miser et amore pereo et inopia argentaria.*

300

Bal.: *Eme die caeca Hercle olivom, id vendito oculata die:
iam Hercle vel ducentae fieri possunt praesentes minae.*

Cal.: *Peri, annorum lex me perdit quinavicenaria.
metuont credere omnes.* Bal.: *Eadem est mihi lex: metuo credere.*

Lo spettatore viene messo a parte delle difficoltà ad ottenere denaro in prestito incontrate da un giovane che desidera riscattare la schiava di cui si è innamorato: nessuno è disponibile a fargli credito per il timore che, in virtù dell'età, possa sottrarsi all'impegno di restituire il dovuto invocando la *lex quinavicenaria*.

Il commediografo di Sarsina richiama *sponsiones* e dazioni di mutuo come figure negoziali interessate dall'applicazione della *lex Laetoria* ma non vi sono evidenze decisive per escludere che il loro novero possa essere ricostruito in termini più ampi, fino a coincidere con tutte le fattispecie in cui un soggetto realizzi una condotta '*dolo malo*' – come riportato nel *Rudens* – e a questa segua un comportamento congruente attuato dal minore di venticinque anni¹².

La locuzione '*dolo malo*' pare indicare la malizia di chi scelga di contrarre con una persona che, per la giovane età, è priva di esperienza e può quindi ricavarne un pregiudizio. Già prima del consolato di Cicerone, però, la condotta vietata comincia ad essere descritta innovativamente come '*circumscribere*' e si trova associata in modo esplicito al ricorso ad artifici e raggiri capaci di dare al minore una falsa rappresentazione della realtà¹³.

Nel ricostruire l'ambito soggettivo di rilevanza della *lex Laetoria*, è agevole prendere atto che il richiamo ai venticinque anni di età si presta ad una duplice interpretazione. Più nello specifico, potrebbe

¹² S. DI SALVO, *Lex Laetoria*, cit., 72 ss.

¹³ S. DI SALVO, *Lex Laetoria*, cit., 227 ss.

riguardare coloro che abbiano fatto ingresso nel venticinquesimo anno di vita o, in alternativa, solo chi lo abbia completato, accedendo al ventiseiesimo. La soluzione maggiormente convincente sembra essere la seconda, per cui la protezione si arrestava all'inizio del ventiseiesimo anno, alla luce del fatto che la regola '*annus coeptus pro completo habetur*', che avrebbe potuto influire sull'applicazione della legge, sembra aver trovato applicazione in diritto romano esclusivamente rispetto all'assunzione di cariche e funzioni a rilevanza pubblicistica¹⁴.

Sotto il profilo processuale, Cicerone, in *Nat. deor.* 3.74, si riferisce all'*actio legis Laetoriae* qualificandola come *iudicium publicum rei privatae*:

Inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut uendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria, inde euerriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquilius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.

Secondo la più recente opinione, debitrice anche delle accurate argomentazioni di Di Salvo, il modello richiamato è quello delle *actiones poenales* di stampo privatistico, con connotazione nossale¹⁵. In quanto tale, l'*actio legis Laetoriae* sarebbe stata nella disponibilità di chiunque avesse interesse ad intervenire a difesa degli interessi dell'*adulescens*, provocando la condanna della sua controparte

¹⁴ Convincenti appaiono le riflessioni sul punto di L. GARCIA GERBOLES, *BGU* 611: *notas sobre la minoria de edad*, in *AFDUDC*, 12, 2008, 359 ss., in part. 364 ss. dove si richiamano, a sostegno della tesi, Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 50.16.136 e Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.15.6.

¹⁵ *Frag. de form. Fab.* vv. 1–3: [...] *Laetoriae noxae sunt. [Sed <interdum> pa]ter suo nomine tenebitur non de p[eculio] quis <qui servum?> iussit alii mancipare, ut iam diximus.*

negoziale al pagamento di un multiplo del valore della transazione, indicato nel quadruplo¹⁶. L'azione aveva conseguenze infamanti¹⁷.

L'idea che la *lex Laetoria* intendesse mettere al riparo i più giovani, divenuti *sui iuris*, dalla possibilità di realizzare negozi nocivi per i propri interessi non è apparsa sempre soddisfacente. In alternativa, alcuni hanno ritenuto che il provvedimento fosse diretto a contrastare la tendenza dei *minores* a dissipare denaro in spese voluttuarie¹⁸. Altri hanno ipotizzato che servisse a dissuadere i rampolli dell'aristocrazia dalla pratica di attività commerciali, in linea con la volontà politica di veder investite energie e capitali nel settore agricolo, a cui Roma legava la propria tradizione produttiva¹⁹.

I margini per ricondurre l'iniziativa legislativa di nostro interesse all'ambito delle leggi suntuarie appaiono sinceramente assai limitati. Contro una simile eventualità militano i riferimenti al *dolus malus* e al *circumscribere* quali elementi qualificanti le condotte negoziali suscettibili di sanzione. Se l'intenzione del magistrato rogante fosse stata quella di contrastare lo sperpero di risorse da parte della gioventù romana, resterebbe ignota la ragione per la quale si dovesse dare rilievo all'atteggiamento malevolo della loro controparte negoziale.

Non meno problematica appare la tesi alla cui stregua il provvedimento, colpendo transazioni tipiche del settore commerciale, intendesse spingere i giovani più abbienti ad impegnare i propri capitali in quello agricolo. Se il quadro politico

¹⁶ Sulle caratteristiche dell'azione, v. P. CANDY, voce *Lex (P)laetoria*, in *Oxford Classical Dictionary*, pubblicato il 25/06/2018 (<https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.8263>).

¹⁷ Tab. Heracl. 111-112; Lex. Irn. 84.

¹⁸ Così, ad es., L. FERRARA, *La lex Plaetoria e la cura minorum*, in *Filangieri*, 9, 1889, 567; F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, Torino, 1891, 94; F. SENN, *Leges perfectae*, cit., 56 s.

¹⁹ S. DI SALVO, *Lex Laetoria*, cit., 91 ss.

dell'epoca e l'identità dei sostenitori dell'iniziativa legislativa sembrano condurre in questa direzione, come accuratamente ricostruito da Di Salvo, le conseguenze prodotte dal provvedimento appaiono difficilmente conciliabili con i contenuti dell'etica aristocratica derivabili, tra l'altro, dagli scritti ciceroniani. Il *bonus vir*, che l'aristocratico romano di età repubblicana aspira ad incarnare, rifugge dal ricorso ai tribunali per l'esazione dei propri crediti. I valori morali, sociali e politici di cui si fa custode lo spingono alla *liberalitas* e al compromesso, distinguendolo da chi, come i *feneratores*, utilizza le proprie risorse professionalmente per trarre profitto e non disdegna l'accesso continuo alla giurisdizione. Un ruolo centrale nei rapporti economici è assegnato alla *fides* e mettere in dubbio quella della controparte, anche solo chiedendo garanzie eccessive, equivale ad un affronto²⁰. Simili coordinate di comportamento dovrebbero indurre a ridimensionare l'interesse verso l'*actio legis Laetoriae* da parte degli strati più elevati della popolazione.

Dal meccanismo di protezione apprestato dalla legge l'unico dato certo che può trarsi è che tenesse indenni i patrimoni dei *minores* da perdite direttamente o indirettamente riconducibili alla loro ingenuità ed impreparazione in ambito negoziale. Ogni altro risultato conseguito attraverso la sua applicazione, in termini di contrazione degli impieghi futili del denaro o di maggiore convenienza degli investimenti in campo agricolo, potrebbe ricondursi, al limite, ad un fenomeno di eterogenesi dei fini.

²⁰ Un esaustivo apporto alla comprensione dell'etica aristocratica applicata alla sfera delle relazioni economiche può rinvenirsi in M. IOANNATOU, *Le code de l'Honneur des payments: Créanciers et débiteurs à la fin de la République romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 56.6, 2001, 1201 ss.

4. *La tutela editale dei minores XXV annorum*

La legge Letoria doveva atteggiarsi a *lex minus quam perfecta*, secondo la nota classificazione riportata in Tit. Ulp. 1.2²¹. Sanzionato il circonventore, il negozio frutto di abuso sarebbe rimasto valido ed efficace sul piano del diritto civile.

A fronte di ciò, il pretore avrebbe ritenuto opportuno impedire che il *deceptor* potesse conseguire un vantaggio dalla sua scaltrezza, azionando in giudizio i diritti nascenti dall'accordo viziato. Iniziative simili divennero neutralizzabili dal minore attraverso la concessione di un'eccezione, l'*exceptio legis Laetoriae*, la cui disponibilità fu vincolata alla sussistenza degli stessi presupposti richiesti per la promozione dell'*actio*. Nel caso in cui l'*adulescens* avesse già fornito la propria prestazione, gli si garantì la disponibilità di un'apposita *restitutio in integrum*, detta '*propter aetatem*'. Tali rimedi fecero capo ad un apposito *edictum* emesso a protezione dei *minores XXV annorum*, la cui ampia formulazione ben poteva autorizzare ulteriori forme di intervento da parte del magistrato²².

Le ragioni per le quali l'attività giuridica degli infraventicinquenni venne all'attenzione del magistrato giudicante sono richiamate espressamente in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1 pr.-1, con cui si apre il Titolo del Digesto *De minoribus viginti quinque annis*:

²¹ Tit. Ulp. 1.2: *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit.*

²² Il testo editale ci è noto attraverso Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.1: *Praetor edicit: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quaeque res erit, animadvertam".* In merito, è opinione di F. MUSUMECI, *Uti quaeque res erit, animadvertam. Protezione editale del minore e mezzi pretori adottati per la sua attuazione*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano, 2007, 443 ss. che l'editto potesse giustificare il riconoscimento anche di una *cautio* (Ulp. 9 *ad ed.* D. 3.3.39.6), di una *exceptio utilis* (Iul. 45 *dig.* D. 4.4.4.1), di una *replicatio* (Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.9.4), di una *denegatio exceptionis* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11.7), di una *denegatio actionis* (Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.4.27.1), di una *actio de dolo* e di una *actio utilis* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11 pr.).

Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem. 1. Praetor edicit: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam".

L'emanazione dell'editto a protezione dei *minores* trova giustificazione nella *naturalis aequitas*. Questa costituisce la coordinata per eccellenza alla quale gli operatori giuridici fanno riferimento nel perseguire quegli obiettivi di giustizia sostanziale che verrebbero frustrati dalla rigida applicazione dello *ius civile*. L'armonioso temperamento degli interessi delle parti, il corretto bilanciamento tra prestazioni, l'ostacolo a spostamenti di ricchezza ingiustificati o, comunque, connotati da disvalore sono attuati ricavando regole di condotta da principi quali '*nemo cum alterius damno locupletior fiat*', '*neminem laedere*' e '*ius suum cuique tribuere*'.

Stando a quanto riportato in D. 4.4.1 pr.-1, i termini della protezione edittale avrebbero risentito delle 'condizioni psicologiche' del soggetto debole, a cui le fonti alludono attraverso un lessico vario e composito: '*captus*' e '*deceptus*' fanno riferimento al minore che abbia riportato un pregiudizio a causa dell'astuzia altrui o in ragione della sua avventatezza; '*circumscriptus*' e '*circumventus*' si trovano riferiti al minore che abbia concluso un negozio a lui svantaggioso per effetto del condizionamento portato da una persona particolarmente astuta; '*lapsus*' è infine usato per il minore che sia arrivato ad autoingannarsi per la propria personale leggerezza²³.

²³ F. MUSUMECI, *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e «ius controversum» in età imperiale*, Torino, 2013, 66 ss., 74 ss., 79 ss., 89 ss., 97 ss. Del volume, v. anche

All'atteggiamento mentale dell'interessato, tuttavia, giurisprudenza e legislazione non conferirono sempre la stessa considerazione²⁴. Ofilio, Labeone e Celso²⁵ reputarono che l'inganno o l'autoinganno del minore integrassero una preconditione per intervenire in suo favore. A Giuliano sembrò invece sufficiente che il soggetto da proteggere fosse un *minor tout-court*, senza che rilevasse il suo stato psicologico. Pomponio, Marcello e Ulpiano avrebbero nuovamente insistito sulla rilevanza della circonvenzione, esprimendo un orientamento che venne

l'accurata discussione di F. LAMBERTI, *Quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicitur*, in *Index*, 43, 2015, 132 ss.

²⁴ Diffusamente, in argomento, v. F. MUSUMECI, *Protezione*, cit., 131 ss.

²⁵ Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.16 pr.-1: *In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est. 1. Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter maiores quidem et ideo cessare partes praetoris: idem et Ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus est. Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.3.1: Si quis cum minore contraxerit et contractus inciderit in tempus quo maior efficitur: utrum initium spectamus an finem? Et placet, ut est et constitutum, si quis maior factus comprobaverit, quod minor gesserat, restitutionem cessare. Unde illud non ineleganter Celsus epistularum libro undecimo et digestorum secundo tractat, ex facto a Flavio respecto praetore consultus. Minor annis viginti quinque, annos forte viginti quattuor agens, iudicium tutelae heredi tutoris dictaverat: mox factum ut (non finito iudicio iam eo maiore effecto viginti quinque annis) tutoris heres absolutus proponeretur: in integrum restitutio desiderabatur. Celsus igitur respecto suasit non facile hunc quondam minorem in integrum restitui, sed si ei probaretur calliditate adversarii id actum, ut maiore eo facto liberaretur: neque enim extremo, inquit, iudicii die videtur solum deceptus hic minor, sed totum hoc structum, ut maiore eo facto liberaretur. Idem tamen confitetur, si levior sit suspicio adversarii quasi dolose versati, non debere hunc in integrum restitui.*

ripreso nella legislazione di Alessandro Severo²⁶, dopo il diverso intendimento manifestato da Settimio Severo e Caracalla²⁷.

In verità, l'*animadversio* nei confronti di qualunque atto negoziale sia stato concluso con chi abbia meno di venticinque anni, a cui è rivolto un richiamo testuale in D. 4.4.1.1, è minacciata in termini tali da collocare in secondo piano il carattere più o meno abusivo delle modalità con cui il soggetto debole è stato approcciato, instaurando una sorta di presunzione di approfittamento della sua situazione.

L'accesso alla tutela edittale sarebbe stato garantito anche ai *minores* che fossero *alieni iuris*, che si trovassero cioè ancora soggetti alla *potestas* del *pater familias*, purché si trattasse di contrastare transazioni che esponessero a pregiudizio direttamente la loro sfera patrimoniale, in via esclusiva o solidale con quella paterna²⁸. Tali

²⁶ C. 2.41[42].1: IMP. ALEXANDER A. CONONIDI. *In consilio quidem cognoscentis de restitutione in integrum esse oportet, num is, qui se minorem annis laesum esse dicat, diligens pater familias fuerit actibusque publicis industrium se docuerit, ut lapsum eum per aetatem verisimile non sit. 1. Verum si causa cognita circumventus deprehendatur, propter hoc solum velut praescriptione a solito auxilio removeri non debet, quod urgentibus patriae necessitatibus decurio minor annis creatus sit vel propagandae suboli liberorum educatione prospexerit.* PP. X KAL. OCT. LUPO ET MAXIMO CONSS.

²⁷ C. 2.30[31].1: IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. ANNIAE. *Si post decretum praetoris viri clarissimi, qui fideicommissariam libertatem deberi pronuntiavit, secundus, quem conditioni non paruisse conquereris, manumissus non est, aetas tua litis instaurationem admittit. Quod si libertatem quamvis indebitam dedisti, non posse eam revocari intellegis, sed damnum, quod ob eam causam illatum est, iudicio negotiorum gestorum a curatoribus tuis esse sarciendum.* PP. II K. IUL. LATERANO ET RUFINO CONSS. C. 2.38[39].1: IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. FLORENTIO. *Si vos paternae hereditati non miscuistis, ob eam rem testificatio necessaria non fuit, cum fides veritatis verborum adminicula non desideret. Quod si pro herede gessistis vel bonorum possessionem accepistis, propter aetatem, cui subveniri solet, in integrum restitutionis auxilium accipere debetis.* PP. V NON. MART. SATURNINO ET GALLO CONSS.

²⁸ Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.3.4: *Sed utrum solis patribus familiarum an etiam filiis familiarum succurri debeat, videndum. Movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiis familiarum in re peculiari subveniendum, efficient, ut per eos etiam maioribus subveniantur, id est patribus*

situazioni dovevano risultare sempre più frequenti in età classica, per l'attenuazione dell'incapacità patrimoniale dei *filii familias* che, favorita dalla diffusione dei *peculia*, li fece considerare in grado di assumere obbligazioni da atto lecito e illecito, con conseguente possibilità di essere personalmente convenuti in giudizio²⁹.

5. *La cura minorum*

Il complesso delle cautele di cui si discute risultò tanto efficace che i beneficiari, di fatto, si trovarono in larga parte esclusi dai commerci. Per ovviare a ciò, gli interessati presero a chiedere al pretore che gli fossero nominati dei *curatores*, più maturi e competenti, affinché li affiancassero quando avessero l'esigenza di contrarre obbligazioni. Ciò avrebbe rassicurato le controparti rispetto alla ponderazione degli impegni assunti da parte del minore, contro il cui adempimento quest'ultimo non avrebbe potuto muovere rilievi.

eorum: quod nequaquam fuit praetori propositum: praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus. Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis quae ipsius intersint, puta si sit obligatus. Proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum convenire: filius autem cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest, et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri: auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fideiussori eius prodesse, videamus: et non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat: excepta mutui datione: in hanc enim si iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvantur. Proinde et si sine iussu patris contraxit et captus est, si quidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendum: si filius conveniatur, poterit restitui. Nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere: magis enim patris quam filii interest, licet aliquo casu ad filium peculium spectet: ut puta si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt: nam peculium ei ex constitutione Claudii separatur.

²⁹ Gai. 3 ad ed. prov. D. 44.7.39: *Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.*

I curatori degli infraventicinquenni non avevano poteri di amministrazione del patrimonio dell'assistito ma si atteggiavano piuttosto a consiglieri esperti. La loro nomina divenne obbligatoria a partire da Marco Aurelio ma, con il tempo, sia pure a titolo di beneficio personale, l'autorità imperiale prese a riconoscere la capacità dei protetti di svincolarsi dalla protezione e negoziare senza assistenza, fino alla formalizzazione di un apposito procedimento per ottenere tale beneficio da parte di Costantino³⁰. In ogni caso, solo a partire da Diocleziano il minor a cui fosse assegnato un curatore venne ritenuto incapace di agire alla stregua di un *pupillus infantia maior* o di un prodigo interdetto.

³⁰ Il riferimento è alla c.d. *venia aetatis* richiamata in C. 2.44.1: IMP. CONSTANTINUS A. AD VERINUM PU. *Omnes adulescentes, qui honestate morum praediti paternam frugem vel avorum patrimonia gubernare cupiunt et super hoc imperiali auxilio indigere coeperint, ita demum aetatis veniam impetrare audeant, cum vicesimi anni metas impleverint, ita ut post impetratam aetatis veniam idem ipsi per se principale beneficium adlegantes non solum praescriptorum annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis morum suorum instituta probitatemque animi et testimonium vitae honestioris edoceant.* 1. *Feminas quoque, quas morum honestas mentisque sollertia commendat, cum octavum et decimum annum egressae fuerint, veniam aetatis impetrare sancimus. Sed eas propter pudorem ac verecundiam feminarum in coetu publico demonstrari testibus non cogimus, sed percepta aetatis venia annos tantum probare testibus vel instrumentis, misso procuratore, concedimus, ut etiam ipsae in omnibus negotiis tale ius habeant, quale mares habere praescriptissimus, ita tamen, ut praedia sine decreto non alienent.* 2. *Sed senatores quidem clarissimi viri in hac regia urbe commorantes apud sublimitatem tuam, ceteri vero apud praetorem, in provinciis autem omnes apud earum rectores de suis moribus et honestate perdoceant.* 3. *Hi vero, qui contra memoratam dispositionem veniam aetatis impetraverint, sciant eam nullas vires obtinere.* PP. III K. IUN. ROMAE CRISPO II ET CONSTANTINO II CC. CONSULIBUS. Un'ampia disamina del provvedimento e dei suoi presupposti è stata svolta da A. BELLODI ANSALONI, *La venia aetatis: emersione storica e sviluppo*, in *Labeo*, 46.1, 2000, 40 ss.

6. *Riflessi dell'esperienza romana antica nell'ordinamento italiano: il caso della circonvenzione di persona incapace*

Verificare in quale misura l'eredità della riflessione antica sopravviva ancora ai nostri giorni può condurre a risultati inattesi quando ci si liberi dall'assillo di rinvenire nel tessuto normativo vigente, sempre e comunque, la riproposizione pedissequa di disposizioni che hanno avuto vigore nel lontano passato.

Delle disposizioni poste a presidio dell'autodeterminazione del singolo, ormai comunemente percepita quale bene giuridico primario, risulta di particolare interesse per i nostri scopi l'art. 643 cod. pen., che sanziona la c.d. 'circonvenzione di persona incapace'³¹. Malgrado la figura delittuosa sia inserita nel Titolo XIII

³¹ In letteratura, cfr. A. SANDULLI, *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Giust. pen.*, 1936, II, 977 ss.; G. ESCOBEDO, *In tema di persone incapaci*, in *Giust. pen.*, 1942, II, 401 ss.; E. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*², Napoli, 1951, 174 ss.; C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 255 ss.; B. CASSINELLI, *La circonvenzione di incapaci*, Milano, 1956; G.D. PISAPIA, voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 254 ss.; M. SINISCALCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 45 ss.; G. SABATINI, *Problemi in tema di circonvenzione di incapaci*, in *Giust. pen.*, 1960, II, 490 ss.; C. CERTO, *La circonvenzione di persone incapaci*, Palermo, 1962; M. RONCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Milano, 1988, 1 ss.; R. PEZZANO, *Circonvenzione di incapaci e 'depatrimonializzazione' del bene tutelato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 415 ss.; F. ROMANO, *La circonvenzione di persone incapaci: un reato in bilico tra l'offesa al patrimonio e quella alla libertà individuale*, in *Giur. di merito*, 1997, 648 ss.; M.L. FERRANTE, *La circonvenzione di persone incapaci*, Padova, 2003; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*⁵, II.2, Bologna, 2007, 208 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I¹⁵, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2008, 392 ss.; M. BELLÌ, *La circonvenzione di persone incapaci*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, VII, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2011, 675 ss.; L. BISORI, *Dei delitti contro il patrimonio mediante frode (Arti. 640-648)*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*¹¹,

del Libro II del Codice penale, riservato ai 'Delitti contro il patrimonio mediante frode', essa fornisce un indubbio contributo al sistema di difesa dell'individuo in stato di debolezza.

Il suo testo recita:

Chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 206 a euro 2.065.

L'opinione diffusa vuole che la disposizione sia priva di precedenti specifici in diritto romano e intermedio, dal momento che il suo antecedente andrebbe individuato nel contrasto all'abus di confiance realizzato dall'art. 406 del Code Napoleon³².

Indubbiamente non sono poche le differenze che separano la figura delittuosa dai meccanismi di protezione dei *minores* elaborati in seno all'esperienza giuridica romana.

L'accesso alla tutela apprestata dalla *lex Laetoria* e dall'editto era rimesso integralmente all'iniziativa privata, presupponendo che l'interessato si premurasse di allegare in giudizio la propria condizione di *minor*. La circonvenzione di persone incapaci, al contrario, risulta pienamente attratta nella sfera della repressione

diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, Torino, 2011, 672 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, II. *Delitti contro il patrimonio*⁴, Padova, 2012, 239 ss.; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano, 2013, 521 ss.; M. MATTIA, *Sull'oggettiva riconoscibilità dello stato di deficienza psichica della vittima come presupposto tacito del fatto di circonvenzione di incapaci. Considerazioni critiche a margine di una recente sentenza della Suprema Corte*, in *Giur. pen.*, 11, 2018, 1 ss.

³² L. BISORI, *Dei delitti*, cit., 673 ss.; E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 521 ss.

statale. Le condotte che la integrano sono infatti perseguibili di ufficio, salvo che siano state realizzate in danno del coniuge legalmente separato ovvero del fratello o della sorella che non convivano con l'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi.

Pur non mancando voci dissenzienti³³, al reato è stato talora associato un carattere plurioffensivo, in quanto la sua realizzazione sarebbe suscettibile di pregiudicare sia l'integrità patrimoniale della vittima, sia il libero svolgimento dei suoi processi volitivi³⁴. Tale caratteristica non sembra rintracciabile nelle tutele apprestate dallo *ius Romanorum*. Quando in D. 4.4.3.4 Ulpiano si sofferma sulla possibilità che l'*animadversio* pretoria possa giovare anche ai *minores in potestate*, la possibilità per l'infraventicinquenne di assumere decisioni senza interferenze indebite non appare tutelata in termini assoluti. *Exceptio* e *restitutio in integrum* non vengono accordate al *filius* quando abbia agito a vantaggio esclusivo del *pater familias*, anche se la sua condotta negoziale costituisca indubbia conseguenza di un processo mentale viziato. Diversamente, la condotta rilevante ai fini dell'art. 643 cod. pen. corrisponde a quella teleologicamente orientata alla realizzazione di un atto «che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso».

La norma incriminatrice moderna richiama poi due tipologie di soggetti passivi del reato, individuate in base alla minore o maggiore età e, quindi, all'avvenuto conseguimento della capacità di agire. Anche tale opzione si discosta dal modello antico di protezione, che, come abbiamo visto, venne predisposto ad esclusivo vantaggio di soggetti capaci di agire in punto di diritto ma poco esperti del mondo o emotivamente immaturi, a motivo della

³³ È il caso, ad es., di L. BISORI, *Dei delitti*, cit., 674.

³⁴ In questo senso, tra gli altri v. F. ROMANO, *La circonvenzione*, cit., 650; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, II, cit. 239 ss.; M. MATTIA, *Sull'oggettiva*, cit., 4.

giovane età. La diversità di soluzioni adottate in argomento è agevolmente spiegabile considerando l'esclusivismo nelle relazioni sociali ed economiche che connotò la storia giuridica di Roma antica, con una tendenziale polarizzazione dei soggetti tra coloro che erano *pater familias* e coloro che non lo erano.

Le divergenze nell'architettura dei rimedi, tuttavia, vengono a ridimensionarsi quando si trascurino i profili suscettibili di essere influenzati dagli assetti contingenti dell'ordinamento e si guardi al piano più profondo delle loro ragioni ispiratrici.

Ecco allora che l'attenzione è portata inevitabilmente ad appuntarsi sugli echi che il passo ulpiano riportato in D. 4.4.1 pr.-1 spiega sul dettato della norma incriminatrice della circonvenzione. Quest'ultima richiama l'approfittamento di uno stato di bisogno del minore, della sua inesperienza, delle passioni che lo animano e che concorrono a modellare quello che, prendendo in prestito la nomenclatura antica, è l'*infirmum consilium*, la capacità decisionale malferma, agevole da manipolare.

L'attenzione verso la fragilità d'animo non è però riservata ai soli minori di anni diciotto, ancora privi di capacità di agire, per quanto la lettera della disposizione incriminatrice sembri orientare in senso contrario.

Ai fini della configurazione della circonvenzione di persone incapaci, il Legislatore penale prende in considerazione anche soggetti passivi che siano maggiori di età, quando versino in una condizione di infermità o deficienza psichica. La locuzione, valorizzando i criteri ermeneutici dettati dall'art. 12 disp. prel. cod. civ., legittimerebbe il rinvio a una malattia organica che investa le facoltà intellettive nella misura in cui 'infermità' costituisce sinonimo di 'morbo', 'malattia' e il richiamo alla 'deficienza' evoca una 'mancanza' di qualità tendenzialmente permanente. Ed invece, in modo forse poro rispettoso del principio di tassatività della fattispecie penale, la giurisprudenza di legittimità, si è espressa in più occasioni nel senso che «Agli effetti del reato di circonvenzione

di persone incapaci, lo stato di infermità o deficienza psichica non è quello di una completa assenza delle facoltà mentali, essendo sufficiente una minorata capacità tale da agevolare l'attività d'induzione svolta dal soggetto attivo per raggiungere il suo fine illecito. La norma infatti ha inteso riferirsi a tutte le forme, anche non morbose, di indebolimento della funzione volitiva o affettiva, di abbassamento intellettuale e in genere di menomazione del potere di critica, che rendono possibile l'altrui opera di suggestione» (Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 1979). Ed ancora: «Il reato di circonvenzione di persona incapace non esige, nel soggetto passivo, un'infermità mentale catalogabile fra le varie forme morbose indicate dalla scienza psichiatrica, ma è sufficiente che la vittima versi in una semplice deficienza psichica che, senza sconfinare nel caso patologico, importi uno stato di menomazione del potere di critica e di indebolimento di quello volitivo, che sia tale da rende possibile l'altrui opera di suggestione» (Cass. Pen., Sez. II, 18 aprile 1983). In questi termini, ad esempio, è stata riconosciuta vittima di circonvenzione la persona indotta a compiere atti dispositivi a carattere patrimoniale approfittando dell'infatuazione che aveva verso il circonventore³⁵.

In coerenza con gli assunti sopra riportati si è mossa la giurisprudenza di legittimità civile, affermando che «L'ipotesi di annullamento disciplinata dall'art. 428 cod. civ. e la fattispecie di reato prevista dall'art. 643 cod. pen. hanno presupposti differenti, a tal punto che il giudicato formatosi sull'insussistenza dell'incapacità naturale richiesta per l'annullamento contrattuale ex art. 428 cod. civ. è inopponibile nel giudizio volto a far dichiarare la nullità del medesimo contratto per circonvenzione di incapace, atteso che, mentre l'art. 428 cod. civ. richiede l'accertamento di una condizione espressamente qualificata di incapacità di intendere e di volere, ai fini dell'art. 643 cod. pen. è invece sufficiente che l'autore

³⁵ Cass. Pen., Sez. II, 9 febbraio 2022, n. 4592.

dell'atto versi in una situazione soggettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgenza o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connessa a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera di suggestione ed induzione di privare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio» (Cass. Civ., Sez. I, 19 maggio 2016, n. 10329). L'atto giuridico realizzato nell'occasione deve reputarsi nullo ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. per violazione di norma imperativa, costituita dal medesimo art. 643 cod. pen.³⁶

Diviene quindi centrale il tema della 'suggestionabilità' o 'suggestibilità' del potenziale soggetto passivo della condotta criminosa, da considerarsi non tanto come caratteristica individuale ma come la risultante di un rapporto personale.

Anche in condizioni di normalità psichica, l'espressione di idee e convinzioni da parte di una persona può comportare la loro accettazione da parte di altri e costituire uno stato di soggezione psichica, più o meno stringente³⁷. L'adesione alle altrui opinioni comporta il trasferimento sulla persona dell'accettante del prodotto dell'attività psichica del soggetto agente, che opera nel senso di limitare il determinismo del soggetto ricevente. Se ogni atto umano deriva il proprio significato dai motivi che lo hanno suscitato, sono sintomatici di una patologia quegli atti capaci di generare effetti dannosi a carico dell'autore o di altri che si appalesino ingiustificati o distonici rispetto alla personalità di chi li pone in essere ed ai suoi

³⁶ Cass. Civ., Sez. II, 27 gennaio 2004, n. 1427.

³⁷ La 'suggestibilità' rilevante sul piano della repressione criminale, proprio per la necessità di essere distinta dai fisiologici processi di persuasione che connotano la circolazione di idee ed opinioni, è stata oggetto di numerosi tentativi di inquadramento ad opera della psichiatria forense e della medicina legale. Per una rassegna delle definizioni elaborate in merito, v. M.L. FERRANTE, *La circonvenzione*, cit., 105 ss.

motivi³⁸. Il disvalore del reato risiede quindi nel fatto che il reo approfitti di un rapporto asimmetrico preesistente o appositamente instaurato con la vittima³⁹.

Tornano inevitabilmente alla mente gli intenti attribuiti alla tutela edittale da Ulpiano quali eredità di un passato che ancora innerva della su essenza il fenomeno giuridico presente rispetto alla gestione di alcuni degli aspetti più delicati della sfera giuridica individuale.

ABSTRACT

La tutela del contraente che si trovi in condizioni di disagio o inferiorità non costituisce il risultato dell'evoluzione recente degli ordinamenti giuridici. Essa conosce un antecedente significativo negli strumenti di protezione apprestati in via legislativa ed edittale dal diritto romano in favore dei minori di anni venticinque. La presenza di divergenze tra la disciplina antica e quella contemporanea è destinata a stemperarsi quando l'attenzione venga appuntata sulle ragioni ispiratrici della normazione, svelando la risalenza della sensibilità verso uno degli aspetti più intricati dell'autodeterminazione individuale.

The protection of the contractor who is in a condition of hardship or inferiority is not the result of the recent evolution of legal systems. It knows a significant antecedent in the means of protection provided legislatively and edictally by Roman law in favor of minors under the age of twenty-five. Divergences between ancient and contemporary discipline is destined to fade when attention is pinned on the reasons inspiring the regulation,

³⁸ D. DAWAN, *La circonvenzione*, cit., 54 ss.

³⁹ E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, cit., 523.

revealing the antique sensitivity to one of the maziest aspects of individual self-determination.

PAROLE CHIAVE

autonomia privata – *lex Laetoria* – *minores* – *ius honorarium* – circonvenzione

private autonomy – *lex Laetoria* – *minores* – *ius honorarium* – circumvention

GIOVANBATTISTA GRECO

ggreco@unisa.it

Vulnerabilità e minore età: l'*adulescens luxuriosus*

SOMMARIO: 1. Vulnerabilità come ‘incrinatura’: qualche considerazione introduttiva – 2. Vulnerabilità e minore età: la *lex (P)Laetoria de circumscriptione adolescentium* e l’editto pretorile di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.1 – 3. Il caso dell’*adulescens luxuriosus* – 4. Brevi note conclusive.

1. *Vulnerabilità come ‘incrinatura’: qualche considerazione introduttiva*

Come è già stato ampiamente osservato, la vulnerabilità può essere predicata in molti modi e manifestarsi sotto molteplici forme¹: si tratta di «un’idea dai contorni vaghi, sfumati, che presenta notevoli varianti»²; un concetto che permette di discutere fattispecie diverse, dotato di un’innegabile ricchezza semantica; un principio che viene adoperato in ambiti differenti (individuali, sociali, istituzionali, economici, informatici), fungendo da paradigma «grazie al quale configurare e interpretare vari aspetti del reale»³.

Ora, indipendentemente dagli impieghi che ne vengono fatti e dagli ambiti nei quali essa viene adoperata, la vulnerabilità conserva in sé una costante, designando ciò che può essere leso, scalfito, ferito: nel concetto stesso di vulnerabilità – sia esso declinato in

¹ C’è chi ha parlato di «duttilità-plasmabilità della categoria di “vulnerabilità”»: così G. BOMBELLI, *Vulnerabilità e povertà*, in *Jus-online*, 4, 2021, 91.

² B. PASTORE, *Vulnerabilità, diritto, ragionamento giuridico*, in *TSDP – NS*, 2022, 1.

³ B. PASTORE, *Vulnerabilità*, cit., 2.

termini generali che in un linguaggio più tecnico, come quello giuridico (al quale ambito verrà circoscritta la presente analisi) – considerata la sua natura polisemica ed astratta, è insita l'idea che esiste un punto di un insieme, qualsiasi esso sia (un individuo, un mercato, un territorio), che in qualche modo risulti essere più debole degli altri, meno resistente. Sia tale, cioè, da determinare una conseguente fragilità dell'insieme stesso o, addirittura, minarne la complessiva stabilità; non a caso, l'origine etimologica del lemma sembra rimandare proprio al *vulnus*⁴, inteso come ferita sia fisica o «'strappo' nel corpo»⁵, *hians et patens*, che morale⁶. Per metonimia, il vocabolo latino sembra poter designare anche l'arma utilizzata per

⁴ Il latino *vulnus* «è usato per riferirsi genericamente al punto più debole o meno protetto di qualcosa, tale da rendere più *fragile* l'insieme che lo include (di qui il nesso problematico *vulnerabilità/fragilità*). Il *vulnerabile*, quindi, è in prima approssimazione ciò che può essere soggetto a ferita, a offesa, colui o colei che può subire o ha effettivamente subito un danno» (i corsivi sono dell'autore): T. CASADEI, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018, 80. Secondo Casadei: «mantengono la stessa radice latina il francese, *vulnérabilité*, lo spagnolo, *vulnerabilidad*, l'inglese, *vulnerability*; diversamente, il tedesco, *Verletzbarkeit* e *Verwundbarkeit* (rispettivamente da *Verletze* e *Wund*, 'ferita') sembrano rimandare a un significato più diretto, ossia di ciò che è 'offendibile' o 'feribile'. Non è raro trovare, però, soprattutto nella letteratura specialistica, anche il termine *Vulnerabilität*, che quindi rimanda alla stessa radice latina» (p. 80, nt. 25).

⁵ G. MARAGNO, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in *Vulnerabilità. Analisi*, cit., 18.

⁶ Come testimoniano sia Lucrezio a proposito dei *vulnera vitae*, delle ferite della vita (3.63-64: [...] *haec vulnera vitae non minimam partem mortis formidine aluntur*), che Apuleio, il quale, nelle sue Metamorfosi (4.31), fa riferimento ai *dulcia vulnera* ("Per ego te" inquit "maternae caritatis foedere deprecor per tuae sagittae dulcia vulnera per flammae istius mellitas uredines vindictam tuae parenti sed plenam tribue et in pulchritudinem contumacem severiter vindica idque unum et pro omnibus unicum volens effice [...]).

sferrare il colpo e cagionare la ferita: nell'Eneide, per esempio, Pirro *ardens infesto vulnere*⁷ e Ismano scocca *vulnera*⁸ e non frecce.

Ancora: potevano essere esposti ai *vulnera* non soltanto gli esseri umani, ma anche gli dei, come sembra confermare il caso di Venere, riportato sempre nell'Eneide, dove Virgilio ai versi 29 e 30 del libro decimo scrive [...] *equidem, credo, mea vulnera restant / et tua progenies mortalia demoror arma*.

Volendo riprendere un'espressione propria del filosofo francese Gilles Deleuze⁹, si può affermare che la vulnerabilità è un'*incrinatura*, una fenditura appena visibile in superficie ma passibile di agire improvvisamente in profondità: una incrinatura silenziosa, capace di rivelarsi quando ormai è troppo tardi e un atto lesivo è già stato posto in essere¹⁰.

Della vulnerabilità manca, almeno nel panorama giuridico nazionale, una definizione precisa e ciò nonostante il timido, espresso, riferimento che il legislatore fa all'art. 90 *quater* cod. proc. pen.¹¹, laddove afferma che: «[...] la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è

⁷ Verg. *Aen.* 2.529: [...] *illum ardens infesto vulnere Pyrrhus insequitur* [...]

⁸ Verg. *Aen.* 10.140: [...] *Ismare, gentes vulnera derigere et calamos armare veneno*, [...]

⁹ G. DELEUZE, *Porcellana e vulcano*, in *Logica del Senso*, Milano, 2022, Paris, 1969, 138 ss., il quale sviluppa la nozione di incrinatura a partire dal commento al racconto di F.S. Fitzgerald, *The Crack-Up* (1936).

¹⁰ L'incrinatura costituirebbe un nodo teorico importante della filosofia di Deleuze, connesso con la nozione di auto-distruzione e ripetizione: sarebbe una rottura che parte da dentro e si salda alla condizione di fragilità. Come nella porcellana «l'incrinatura non perde il suo cammino silenzioso, non muta direzione secondo le linee di minore resistenza, non estende la sua trama che sotto i colpi di ciò che accade» (G. DELEUZE, *Porcellana*, cit., 139).

¹¹ Rubricato, appunto, «Condizione di particolare vulnerabilità».

riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato»¹².

Discorso diverso per il versante sovranazionale dove, invece, sembra che i riferimenti alla vulnerabilità siano più numerosi e, sicuramente, più precisi, basti solo pensare – per fare giusto qualche esempio – alla figura del cd. 'consumatore vulnerabile', tipizzata nella direttiva n. 2005/29/CE, dedicata alle pratiche commerciali sleali¹³; ad alcune delle altre direttive europee vigenti (come la n. 2012/29/UE¹⁴, che interviene in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, la quale al Considerando 38¹⁵ elenca tutta una serie di situazioni che

¹² La disposizione in commento riferisce però di una vulnerabilità come condizione, senza fornire alcun significato del termine.

¹³ In dettaglio, nella direttiva viene segnalata la necessità di introdurre regole volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultino particolarmente vulnerabili, con ciò facendo riferimento alla individuazione di specifiche categorie 'target' per le quali la tutela ordinaria non risulti adeguata.

¹⁴ Del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, la quale sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

¹⁵ «Alle persone particolarmente vulnerabili o in situazioni che le espongono particolarmente a un rischio elevato di danno, quali le persone vittime di violenze reiterate nelle relazioni strette, le vittime della violenza di genere o le persone vittime di altre forme di reato in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o in cui non risiedono dovrebbero essere fornite assistenza specialistica e protezione giuridica. I servizi di assistenza specialistica dovrebbero basarsi su un approccio integrato e mirato che tenga conto, in particolare, delle esigenze specifiche delle vittime, della gravità del danno subito a seguito del reato, nonché del rapporto tra vittime, autori del reato, minori e loro ambiente sociale allargato. Uno dei principali compiti di tali servizi e del loro personale, che svolgono un ruolo importante nell'assistere la vittima affinché si ristabilisca e superi il potenziale danno o trauma subito a seguito del reato, dovrebbe

determinano la vulnerabilità di un soggetto o la n. 2011/36/UE¹⁶, dettata in tema di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani, la quale – all'art. 2 par. 2 – recita: «Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»¹⁷; o, ancora, alla Dichiarazione di Barcellona¹⁸, dove si legge che il termine vulnerabilità viene utilizzato per definire il principio di autonomia e con esso quelli di integrità e dignità umana¹⁹.

consistere nell'informare le vittime dei diritti previsti dalla presente direttiva cosicché le stesse possano assumere decisioni in un ambiente in grado di assicurare loro sostegno e di trattarle con dignità e in modo rispettoso e sensibile. I tipi di assistenza che questi servizi specialistici dovrebbero offrire potrebbero includere la fornitura di alloggi o sistemazioni sicure, assistenza medica immediata, rinvio ad esame medico e forense a fini di prova in caso di stupro o aggressione sessuale, assistenza psicologica a breve e lungo termine, trattamento del trauma, consulenza legale, patrocinio legale e servizi specifici per i minori che sono vittime dirette o indirette di reati».

¹⁶ Del 5 aprile 2011 che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

¹⁷ Ed al Considerando 13 riporta: «Nel contesto della presente direttiva, fra le persone vulnerabili dovrebbero essere compresi almeno i minori», precisazione necessaria ai fini di quanto si dirà nel prosieguo del presente lavoro.

¹⁸ *The Barcelona declaration on Policy Proposal to The European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolan*, documento adottato dai rappresentanti di trentasei città europee riunite a Barcellona il 17 ottobre 1998, in occasione del 50° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, il cui testo è disponibile online, all'indirizzo <https://www.istitutobioetica.it/documenti-di-riferimento/documenti-di-riferimento/187-documenti/556-the-barcelona-declaration-on-policy-proposals-to-the-european-commission-on-basic-ethical-principles-in-bioethics-and-biolaw>.

¹⁹ In particolare si veda il punto C, par. 4, a norma del quale: «Vulnerability expresses two basic ideas. (a) It expresses the finitude and fragility of life which, in those capable of autonomy, grounds the possibility and necessity for all morality. (b) Vulnerability is the object of a moral principle requiring care for the vulnerable. The vulnerable are those whose autonomy or dignity or integrity

2. *Vulnerabilità e minore età: la lex (P)Laetoria de circumscriptione adulescentium e l'editto pretorile di Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.1.1*

Dal punto di vista soggettivo potrebbe darsi che l'incrinatura deleuziana alla quale si accennava nel paragrafo precedente sia legata alla condizione fisiologica nella quale versa un individuo (il riferimento è ad una qualche malattia o disabilità); oppure scaturire dal contesto nel quale l'individuo stesso vive e viene a trovarsi (si pensi, per esempio, a chi versa in una condizione di indigenza, oppure a chi abbia perso il lavoro ed è disoccupato o, ancora, a chi faccia parte di una qualche minoranza). Vulnerabili possono essere anche i 'minori di età' i quali, stante appunto la minore età, vengono considerati dall'odierno ordinamento giuridico soggetti da difendere da coloro che volessero approfittare della loro inesperienza, un'inesperienza legata – appunto – all'età.

Va da sé che il concetto di minore età è di per sé un dato convenzionale, che ha subito e subisce numerose variazioni anche in epoca moderna²⁰.

are capable of being threatened. As such all beings who have dignity are protected by this principle. But the principle also specifically requires not merely non interference with the autonomy, dignity or integrity of beings, but also that they receive assistance to enable them to realise their potential. From this premiss it follows that there are positive rights to integrity and autonomy which grounds the ideas of solidarity, non-discrimination and community». Sul possibile utilizzo della vulnerabilità quale principio-guida nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale dei diritti umani, F. IPPOLITO, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars Interpretandi – Rivista di ermeneutica giuridica*, 2, 2019, 63 ss.

²⁰ La minore età rappresenta un concetto giuridico fondamentale nell'ordinamento italiano, che riflette non solo una necessità di tutela dei più giovani, ma anche un riconoscimento della loro progressiva acquisizione di capacità e responsabilità. Attraverso i suoi principi e le sue regolamentazioni, la legge si adatta alle varie fasi dello sviluppo dell'individuo, garantendo protezione

Già gli antichi avevano promosso tutta una serie di garanzie e strumenti processuali, volti a tutelare il minore di 25 anni contro colui che lo avesse raggirato e gli avesse arrecato un danno: *per incidens*, può destare stupore un limite di età così alto²¹ in un'epoca in cui l'aspettativa di vita era molto più bassa ed è chiaro che per poterlo comprendere è necessario mettere da parte i moderni parametri interpretativi che fanno di un venticinquenne un adulto. La prospettiva – direbbe un antropologo – dovrebbe essere emica.

Con la *Lex (P)Laetoria de circumscriptione adulescentium*²² avevano creato un'*actio* che poteva essere utilizzata contro colui che avesse

e allo stesso tempo valorizzando l'autonomia personale nel cammino verso la piena maturità legale ed etica.

In Italia, il codice civile e le leggi speciali proteggono il minore attraverso una fitta rete di norme che tendono a limitarne la capacità di agire in campo giuridico per tutelarne gli interessi: il minore, ad esempio, non può stipulare contratti o disporre di beni senza il consenso dei genitori o, in determinati casi, del giudice tutelare. Tuttavia, con l'aumentare dell'età, gli viene riconosciuta una maggiore capacità di discernimento.

Nel diritto penale, la minore età influenza anche la responsabilità: i minori sotto i 14 anni sono considerati incapaci di intendere e di volere e pertanto non imputabili; mentre dai 14 ai 18 viene applicato loro un regime speciale di imputabilità in cui si tiene conto della loro età e si applicano misure volte principalmente alla loro educazione e reintegrazione sociale.

²¹ Come ben sappiamo, la capacità giuridica piena si otteneva solo con l'emancipazione e dunque era nella completa discrezionalità del *pater*.

²² Secondo alcuni autori (per tutti A. GUARINO, *Diritto privato romano*⁵, Napoli, 1976, 567 e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, 270) questa *lex* sarebbe stata rogata da un membro della *gens Laetoria* ed andrebbe cronologicamente collocata intorno al 200 a.C. A parere di S. DI SALVO (*Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979), la posizione della *gens Laetoria*, facente parte del gruppo antiscipionico fabiano-catoniano, era spiccatamente popolare: si sarebbe trattato di una famiglia plebea, non di origine romana, molto influente nella scena politica tra il III ed il II secolo a.C. Quanto alla datazione cronologica l'affermazione secondo la quale tale legge sarebbe databile intorno al 200 a.C. sembrerebbe avvalorata anche da due testi plautini: *Rud.* 1380-1386 e *Pseud.* 294-305.

concluso un negozio con un minore di venticinque anni, approfittando della sua 'giovane' età e della relativa inesperienza: detta *actio* aveva i caratteri della penalità, dell'esperibilità da parte di qualsiasi cittadino e dell'*infamia*. Accanto ad essa, a partire dalla tarda repubblica, vennero introdotti altri due strumenti processuali, grazie ai quali il minore che avesse compiuto negozi a lui pregiudizievoli avrebbe potuto tutelarsi: un'*exceptio legis (P)Laetoriae* e un'*in integrum restitutio propter aetatem*. La prima poteva essere adoperata quando il minore fosse stato chiamato in giudizio in qualità di convenuto, nell'ipotesi nella quale il negozio non avesse avuto ancora esecuzione; la seconda, al contrario, presupponeva che il negozio fosse già stato concluso: in questo caso, sfruttando tale rimedio processuale, il minore avrebbe potuto vanificare gli effetti che lo stesso negozio concluso avesse prodotto ai suoi danni.

Un'ulteriore testimonianza del fatto che i minori di venticinque anni ricevessero una qualche forma di tutela può rinvenirsi in un

Nel primo si apprende che: Labr. *Cedo quicum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum <haud> siem quinque et viginti annos natus*. Gr. *Habe cum hoc*. Labr. *Aliost opus*. Daem. *Iam ab isto auferre haud <potis> sim, si istunc condemnvero. promisistin huic argentum?* Labr. *Fateor*. Daem. *Quod servo <meo> promisisti, meum esse oportet, ne tu, leno, postules te hic fide lenonia uti: non potes*.

Nello *Pseudolus*, invece: Bal. [...] *nullus est tibi quem roges mutuom argentum?* Cal. *Quin nomen quoque iam interiit mutuom*.

Ps. *Heus tu, postquam hercle isti a mensa surgunt satis poti viri, qui suom repetunt, alienum reddunt nato nemini, postilla omnes cautiores sunt, ne credant alteri*.

Cal. *Nimis miser sum, nummum nusquam reperire argenti queo; ita miser et amore pereor et inopia argentaria*.

Bal. *Eme die caeca hercle olivom, id vendito oculata die: iam hercle vel ducentae fieri possunt praesentes minae*.

Cal. *Perii, annorum lex me perdit quinavicenaria*.

metuont credere omnes. Bal. *Eadem est mihi lex: metuor credere*.

luogo di Ulpiano (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.1) nel quale il giurista riporta l'esistenza di un editto pretorile dal seguente tenore:

Praetor edicit: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam".

La prescrizione edittale – oggetto di un enorme impegno interpretativo ad opera di giuristi ed imperatori affinché potesse in qualche modo risultare adeguata alle esigenze che, di volta in volta, cominciarono ad emergere in concreto – si limitava ad affermare che «quanto, con un minore di venticinque anni si dirà essere stato fatto, <lo> esaminerò secondo quella che sarà la situazione»²³.

La formulazione particolarmente generica dell'inciso *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur* sembrava dunque implicare che il pretore rinviasse alle fattispecie concrete e alle singole ipotesi, scegliendo direttamente lo strumento che potesse risultare più appropriato in base alla valutazione del caso specifico, piuttosto che invalidando qualsiasi atto compiuto dal minore di 25 anni.

Secondo alcuni studiosi²⁴ il motivo di una simile formulazione avrebbe dovuto trovare una «ragionevole spiegazione sul piano storico» nel fatto che la categoria dei minori di 25 anni era già stata contemplata dalla *lex (P)Lactoria*, la quale – come accennato – vietava il compimento *dolo malo* di determinate categorie di atti negoziali, ivi espressamente elencate, con gli stessi minori: sembra dunque logico ipotizzare che nell'emanare l'editto, il pretore avesse operato «in modo ancora più incisivo» un'integrazione del precedente regime giuridico, prevedendo non soltanto negozi che

²³ La traduzione è di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, rinvenibile sul sito <http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/>

²⁴ Per tutti F. MUSUMECI, «*Quod cum minore [...] gestum esse dicetur*». *Formulazione edittale e sua concreta attuazione in età imperiale*, in RHD, 84 (4), oct.-déc. 2006, 515.

non rientrassero propriamente nell'ambito del contratto, considerato il primo riferimento se si pensa al significato di *gestum*²⁵, ma anche mezzi processuali aggiuntivi²⁶ come la *replicatio*²⁷, la *cautio*²⁸, la *denegatio exceptionis*²⁹, la *denegatio actionis*³⁰ e l'*actio utilis de dolo*³¹, a seconda della fattispecie.

²⁵ Lo stesso Ulpiano afferma: *Ait praetor: 'gestum esse dicitur'. Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit* (Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.7 pr.).

²⁶ È concorde H. ANKUM (*Le minor captus et le minor circumscriptus en droit romain classique*, in *Mélanges P. Jaubert*, Bordeaux, 1992, 38 ss.; ID., *Gab es im klassischen römischen Recht teine exceptio und eine replicatio legis Laetoriae?*, in *Festschrift für G. Wesener*, Graz, 1992, 23 s.; ID., *La position juridique du filius familias mineur en droit romain classique*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg Suisse, 1993, 3, nt. 8), il quale ha ritenuto che il pretore avrebbe potuto concedere una *restitutio in integrum propter aetatem*, un'*actio arbitraria* personale; una *exceptio* ed una *replicatio circumscriptio* ed una *denegatio actionis*.

²⁷ Ulp. 22 ad ed. D. 12.2.9.4: *Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debebit, ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum praetorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere: nec enim utique qui minor est statim et circumscriptum se docuit. Praeterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintum non debet egredi.*

²⁸ Ulp. 9 ad ed. D. 3.3.39.6: *Est et casus, quo quis eiusdem actionis nomine et de rato caveat et indicatum solvi. Ut puta postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur: alterius procurator existit: debet cavere hic procurator et ratam rem dominum habiturum, ne forte dominus reversus velit quid petere, item indicatum solvi, ut si quid forte propter hanc restitutionem in integrum praestari adulescenti debeat, hoc praestetur. Et haec ita Pomponius libro vicensimo quinto ad edictum scribit.*

²⁹ V. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1993, 536, nt. 261 che, con riguardo a Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.7; Ulp. 29 ad ed. D. 14.6.3.2; Paul. *l. sing. de iur. et facti ignor.* D. 22.6.9 pr.; Gai. 4 ad ed. prov. D. 4.4.12 parla di *denegatio exceptionis*.

³⁰ Gai. 4 ad ed. prov. D. 4.4.27.1; Ulp. 31 ad ed. D. 17.1.12.11.

³¹ E non l'*actio de dolo* «la cui concessione non si basava sull'editto relativo ai minori ma aveva un proprio autonomo fondamento»: F. MUSUMECI, «*Utiquaeque res erit, animadvertam*». Protezione editale dei minori e mezzi pretorii adottati per la sua attuazione, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Catania, 2007, 500, nt. 135.

3. Il caso dell'*adulescens luxuriosus*

L'indeterminatezza di tale prescrizione edittale avrebbe altresì legittimato il riconoscimento di numerose fattispecie ascrivibili nel registro delle ipotesi che potevano rientrare in una previsione di tal genere: tra di esse ve ne è una, in particolare, avente ad oggetto il caso di un *adulescens luxuriosus*, fortemente attratto da una meretrice:

Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro³² pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit (Ulp. 31 ad ed. D. 17.1.12.11)³³.

³² Cfr. CH. G. WENZEL, *Disputatio juridica de pecunia statim perdituro credita ex l. 12 § 11. D. Mandati*, Lipsiae, 1715, 8: «*Vocabulum Perdituro quod attinet, illud a verbo perdere descendit, quod mihi heic idem est, ac bona sua turpiter dataque opera dissipare aut consumere. [...] Ideoque Leges de Perdituro mentionem facientes hominem indignant prodigum, atque luxuriosum*». Dunque, nella categoria dei soggetti che fossero degli scialacquatori, si poteva comprendere anche il *luxuriosus*. Sul punto L. PARENTI [*«Quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris»* (D. 17.1.12.11, Ulp. 31 ad ed.), in *QLSD*, 14, 2014] ha sostenuto che la frase '*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*' – che Ulpiano inserisce quale *ratio* per escludere l'*actio mandati contraria* contro il minore – non si sarebbe riferita ad un minore, come è stato ipotizzato in dottrina, bensì ad «un soggetto che fosse *perditurus*, cioè uno scialacquatore, il quale, quindi, sarebbe stato sollevato dal restituire quanto ricevuto in prestito, qualora il mutuante fosse stato consapevole della sua propensione allo sperpero». Lo studioso ha altresì evidenziato come nella condizione di *perditurus* «si potrebbe far rientrare anche quella di *luxuriosus*»: si sarebbe trattato di soggetti 'particolari' che avrebbero necessitato di trattamenti altrettanto 'particolari', «da un lato miranti a tutelare la loro posizione patrimoniale, dall'altro a sanzionare chi, nonostante avesse contezza della loro indole allo sperpero, avesse comunque contratto con loro».

³³ Su tale frammento *ex multis* M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A.*

In essa viene riferito di un adolescente *luxuriosus*³⁴ che avrebbe dato mandato ad un terzo di concedere fideiussione per una meretrice: ora, se il terzo, *sciens*, lo avesse saputo ed avesse accettato questo mandato, non avrebbe potuto esperire l'*actio mandati*, l'azione di mandato, *quia simile est*, essendo il caso simile a quello di colui che, sapendolo, avesse prestato denaro ad uno che lo avrebbe sperperato. Lo stesso sarebbe accaduto anche nell'ipotesi nella quale l'*adulescens* avesse chiesto al terzo di prestare direttamente del denaro ad una meretrice: pure in questo caso – dice Ulpiano – non potrà esservi obbligazione di mandato, essendo il mandato stesso conferito *adversus bonam fidem*, contro la buona fede.

Burdese, IV, Padova, 2003, 231 ss. e S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 167 ss.

³⁴ A proposito del significato del termine nel libro X, *De vocabulis*, è contenuta una definizione di Isidoro di Siviglia, il quale afferma che [...] *Luxuriosus, quasi solutus in voluptate: unde et membra loco mota luxa dicuntur* [...] (L. 160): il lussurioso sarebbe *quasi solutus in voluptate*, quasi sciolto nel piacere; di qui – aggiunge – anche il fatto che le membra spostatesi dal proprio posto si dicono, appunto, lussate. Che il lussurioso fosse anche un dissipatore lo si può evincere da Festo (Fest. voce *Prodiguae hostiae*): *Prodiguae hostiae vocantur, ut ait Veranius, quae consumuntur; unde homines quoque luxuriosi, prodigi* (L. 296). Nelle fonti, costui era spesso accostato al prodigo e considerato come turpe: Ulp. 11 *ad ed. D. 4.3.11.1*: *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellat debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. Et ita Labeo. Quid ergo est? In horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat*. Ancora si v.: Mart. Bracc. *Form. hon. vit.* 7.4: *Hac ergo mediocritatis linea continentiam observabis, ut nec voluptati deditus, prodigus et luxuriosus appareas nec avara tenacitate sordidus aut obscurus existas*; Macr. *Sat.* 3.17.12: [...] *Adprime luxuriosus mihi videtur et prodigus cui haec tanta in epulis vel gratuita ponantur* [...]; Porph. *Epod.* 1.34: [...] *Nepotem autem Veteres prodigum ac luxuriosum dicebant, quia re vera solutiores delicatiorisque vitae soleant esse, qui sub avo nutriantur*.

Si tratta di un testo, variamente interpretato dalla dottrina³⁵, nel quale il giurista severiano espone due diverse fattispecie aventi entrambe per protagonista un giovane dai costumi sregolati: nella prima, l'*adulescens luxuriosus* dà mandato ad un terzo, chiedendogli di prestare fideiussione a favore di una *meretrix*. Secondo Ulpiano, in tale eventualità il mandatario non avrebbe potuto esercitare l'*actio mandati contraria*, trovandosi costui in una situazione analoga a quella di chi avesse consapevolmente, *sciens*³⁶, fatto credito ad un soggetto che sapeva avrebbe sperperato il denaro. Analogo risultato si sarebbe ottenuto pure nel caso in cui l'*adulescens* avesse dato mandato ad un terzo di prestare il denaro direttamente alla

³⁵ Per tutti: S.A. FUSCO, «*Adulescens luxuriosus*». Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat contra bonos mores?, in *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, hrsg. von D. Norr und Sh. Nishmura, New York-London-Paris-Tokio-Hong Kong-Barcelona-Budapest, 1993, 403 ss.; A. MAFFI, «*Adulcentes*» e «*meretrices*» fra Plauto e la giurisprudenza, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007, 224 ss.

³⁶ Interessante la versione di A. GUARINO, *L'itinerario del salmone. Sulle tracce del mandatum credendi*, in *Sem. Compl.*, Madrid, 23-24, 2010-2011, 105 ss. [= *Mandatum credendi*, Napoli, 1982], il quale si occupa del caso riportato da Ulpiano e, dopo averne descritto la fattispecie, afferma quanto segue: «Perché Ulpiano sottolinei la *scientia* di Caio è evidente: questi sa bene che il prestito concesso da Mevio a Sempronia per intercessione di Tizio, è la condizione posta da Sempronia per elargire i suoi favori al giovane. Caio, insomma, è perfettamente a giorno del fatto che tutta l'operazione è architettata per un fine immorale, ed è appunto perciò che egli, per meglio mascherare il combino, il danaro a Sempronia non lo ha prestato direttamente ma ha atteso (o provocato) che il prestito fosse fatto da Mevio, cioè da persona che alle prestazioni della meretrice notoriamente non aspira. Senonché Ulpiano, dopo aver messo in evidenza la *scientia* di Caio, fa leva proprio su di essa per sostenere che in questo caso il mandato di Tizio a Caio sia invalido, e cioè che Caio non possa citare *in ius* Tizio, con l'*actio mandati contraria*, nell'ipotesi che Sempronia non abbia restituito il mutuo a Mevio e che Mevio si sia fatto rimborsare da lui. Rivolto idealmente a Caio, il severo giurista gli dice: "è come se tu avessi messo consapevolmente la tua borsa a disposizione di uno che il danaro fosse stato sul punto di perderlo" (*simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*)» (p. 73 ss.).

meretrice: anche in questa ipotesi infatti l'*actio mandati contraria* sarebbe stata negata ove il mutuante non fosse riuscito a recuperare la somma mutuata dalla donna, in quanto *quasi adversus bonam fidem mandatum sit*, essendo cioè l'oggetto stesso del mandato *contra bonos mores*.

Due casi che vedevano due diversi tipi di mandato: di prestare fideiussione nel primo e di credito nel secondo, con altrettante due giustificazioni: *quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris* per il primo e *quasi adversus bonam fidem mandatum sit* per il secondo.

Il giurista avrebbe sostenuto, dunque, l'inesperibilità dell'azione processuale, negando la nascita dell'obbligazione contrattuale³⁷.

Ora, al di là delle questioni giuridiche sottese, sulle quali la dottrina è intervenuta a più riprese, pare opportuno sottolineare il fatto che il giovane, per ottenere i favori della donna bramata, avrebbe dovuto sborsare molto più denaro di quello che un *filius*

³⁷ Come Paolo (Paul. 1 *sent.* D. 4.4.24.1: *Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt. Ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicitur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet*) anche Ulpiano (Ulp. 5 *opin.* D. 4.4.44: *Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt*) voleva porre un argine all'«eccessiva larghezza nell'accordare la protezione» (F. MUSUMECI, *Pregiudizio del minore e protezione editale in età imperiale*, in *FIDES HUMANITAS IUS. Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3717). Si sarebbe trattato, scrive lo studioso, di una «tendenza diffusa», ascrivibile agli imperatori Severo e Caracalla, secondo i quali «il minore, in quanto tale, era da considerare meritevole comunque della tutela editale, a prescindere in particolare dalle condizioni psicologiche in cui egli aveva operato». I giuristi ritenevano pertanto necessario evitare che «un intervento indiscriminato in favore dei minori finisse per risolversi in un grave danno per loro stessi – resi privi, per questo, di qualsiasi credibilità e impossibilitati quindi a svolgere attività contrattuali con altri – e che essi, per conseguenza, rimanessero in qualche modo esclusi dal *commercium*».

familias in potestate poteva avere a disposizione nel proprio *peculium*. Avrebbe dovuto quindi escogitare un modo per poter entrare in possesso del denaro sufficiente allo scopo.

Come fare? Tra le varie ipotesi che ci vengono riportate nelle fonti, e il riferimento va soprattutto a quelle letterarie, il giovanotto avrebbe potuto reperire il denaro necessario allo scopo sottraendolo al patrimonio paterno, con operazioni condotte normalmente *clam*, di nascosto e con l'aiuto di uno schiavo. Il tutto ai danni del patrimonio del *pater*, il cui rischio maggiore derivava proprio dalle spese compiute dal *filius familias* per un fine turpe, come quello di elargire denaro in cambio di prestazioni sessuali, con la complicità di terzi.

Il risultato di tali operazioni non sarebbe stato solo ai danni del patrimonio, ma si sarebbe riverberato sull'intera *familia*, la quale sarebbe stata danneggiata dall'atteggiamento scialacquatore dell'*adulescens*³⁸.

Quindi una norma che da un lato serviva a far fronte a quella che deleuzianamente abbiamo chiamato incrinatura, la possibilità di un giovane di essere circuito, ci mostra anche l'altro lato della medaglia, la possibile mala fede di una persona adulta pure per l'epoca, con le sue pulsioni sessuali che a causa della pervasività della *patria potestas* cerca di evadere ai dettami familiari con l'aiuto di terzi.

E forse anche per questo il pretore avrebbe valutato caso per caso se l'atto fosse invalido o meno. È chiaro che passati i 25 anni

³⁸ Una particolare interpretazione del problema è stata avanzata da M. MARRONE (*Istituzioni*², cit., 271 ss.), secondo il quale potrebbe esistere una qualche affinità tra la *lex Laetoria* e la *lex Oppia*, entrambe promulgate con l'intento di frenare lo sperpero dei patrimoni: la *lex Oppia* avrebbe infatti impedito la dilapidazione, da parte delle matrone, dei patrimoni dei mariti; mentre la *lex (P)Laetoria* quella dei giovani che, a causa del raggio condotto da un adulto più esperto, avessero patito un vero e proprio «pregiudizio patrimoniale».

non solo la persona è responsabile ma di conseguenza lo è anche il *pater* che non ha ancora emancipato il figlio.

4. *Brevi note conclusive*

Nelle declamazioni di Sofistopoli che oggi ricevono un rinnovato interesse da parte degli storici del diritto grazie soprattutto al lavoro di Giunio Rizzelli³⁹, l'*adulescens luxuriosus* compare prepotente nella quarta controversia del secondo libro di Seneca dove un figlio lussurioso il cui padre è diventato anch'egli lussurioso accusa quest'ultimo di demenza⁴⁰. Non è qui il caso di soffermarsi su questa interessantissima declamazione ma basti semplicemente segnalare che nelle argomentazioni dei retori

³⁹ G. RIZZELLI, *Fra giurisprudenza e retorica scolastica. Note sul ius a Sofistopoli*, in *Iura & Legal System*, 6, 2019, 4, 102 ss.; ID., *Sen. contr. 2.4 e la legislazione matrimoniale augustea: qualche considerazione*, in *Index*, 40, 2012, 271 ss. A proposito del rapporto padre-figlio si veda anche ID., *Tra collera e ragione. Il castigo paterno in Roma antica*, in *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna, 2016, 185 ss.; M. LENTANO, *La città dei figli. Paternità metaforiche e paternità metonimiche nella cultura romana*, in *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, 2019, 53 ss.; G. BRESCIA, *Il figlio spes patris nella declamazione latina e nell'immaginario letterario e giuridico*, in *Camenae*, 23, 2019, 1 ss. Sull'importanza del connubio retorica-diritto, invece: M. LENTANO, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce, 2014 e G. BRESCIA, *La donna violata. Casi di stuprum e raptus nella declamazione latina*, Lecce, 2012.

⁴⁰ Sen. contr. 2.4: *abdicavit quidam filium. abdicatus se contulit ad meretricem. ex illa sustulit filium. aeger ad patrem misit; cum venisset, commendavit ei filium suum et decessit. adoptavit puerum <pater>. ab altero [pater] filio accusatur dementiae*. Anche in Sen. contr. 2.6 (*Quidam luxuriant filio luxuriari coepit. Filius accusat patrem dementiae*) è presentato il caso di un vecchio che, imitando il giovane figlio, si dà ad una vita di piaceri: il figlio, che accusa il padre di demenza, ammette di avere in un primo tempo tentato di ravvedersi, in quanto aveva interpretato la condotta dissipata del padre come un esempio in negativo offertogli come monito; ma poi si dice pronto a darsi di nuovo alla crapula per costituire a sua volta, con il proprio comportamento sbagliato, un modello da non imitare per il vecchio.

appaiono chiare le due facce della medaglia di cui si è discusso: da un lato la vulnerabilità dovuta all'età, l'incapacità di controllare le pulsioni erotiche e le passioni, e dall'altra la possibilità che l'*adulescens* sia affetto da un vero e proprio vizio⁴¹ dovuto alla condotta reiterata, che non muta con il passare degli anni e con l'assunzione di diversi ruoli sociali legati all'età.

Inevitabile pensare come già hanno fatto Tom McGinn⁴² e Alberto Maffi⁴³ al *Trinummus* di Plauto in cui il giovane Lesbonico vende la casa avita in assenza del proprio padre per poter pagare la favorita di turno: il riferimento va, in particolare, al primo verso del prologo dove la Lussuria si rivolge alla Miseria chiamandola 'figlia mia' e chiedendole di seguirla, così che potrà fare il suo dovere⁴⁴.

Sembra quindi potersi affermare, in conclusione, che la *lex (P)Laetoria*, la prescrizione edittale, il parere di Ulpiano, erano tutti provvedimenti in parte indirizzati ad arginare un possibile *vulnus* dell'inesperienza dei minori di 25 anni, ma erano anche in linea con la mentalità romana dell'epoca, volta alla conservazione ed alla tutela di un patrimonio, considerato talvolta dai giuristi 'vulnerabile'.

⁴¹ Il *vitium* della passione amorosa, secondo il costume del tempo, dovrebbe essere stato 'normale' in un ragazzo, ma inammissibile in un uomo maturo: in un anziano (Sen. *contr.* 2.6.4), l'*amare* una meretrice sarebbe stato addirittura un segno di follia: se infatti, il *Luxuriosus adulescens peccat*, il vecchio *luxuriosus insanit; aetas exhaurit <virtutes> vitia lasciviunt*.

⁴² T.A.J. MCGINN, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, New York-Oxford, 1998, 323 ss.

⁴³ A. MAFFI, «*Adulscientes*», cit., 222-223.

⁴⁴ *Sequere hac me, gnata, ut munus fungaris tuom [...]*

ABSTRACT

Per i Romani i minori di 25 anni potevano essere considerati soggetti ‘vulnerabili’: la loro fragilità sarebbe stata associata alla loro inesperienza, con la conseguenza che era stata predisposta una tutela giuridica particolare contro coloro che ne avessero approfittato.

Nel presente lavoro viene tratteggiato il caso dell’*adulescens luxuriosus* (Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.11) al fine di evidenziare come vulnerabile fosse non solo il minore di 25 anni, in quanto minore, ma anche il patrimonio dell’intera *familia*, messo in pericolo dagli impulsi sessuali del giovane.

Romans could consider boys under 25 years old like ‘vulnerable’ subjects: their fragility was a result of their inexperience, so they were granted special legal protection against those who took advantage of them.

The paper addresses the case of the *adulescens luxuriosus* (Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.11), with the aim to demonstrate the vulnerability of boys under 25 years old, as minors, but also the vulnerability of the same family fortune, that could be endangered by the young man’s sexual impulses.

PAROLE CHIAVE

vulnerabilità – *adulescens luxuriosus* – Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.1

vulnerability – *adulescens luxuriosus* – Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.1

ADELAIDE CARAVAGLIOS
adelaidcaravaglios@libero.it

Violenza e realtà edittale in Cicerone: spunti in tema di *formula Octaviana**

SOMMARIO: 1. *Formula Octaviana* (Cic. in *Verr.* II 3.65.152, ad *Q. fr.* 1.1.7.21) – 2. L'*Octavius* giurisdicente – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Formula Octaviana* (Cic. in *Verr.* II 3.65.152, ad *Q. fr.* 1.1.7.21)

Nell'ultimo secolo della repubblica, a partire dall'epilogo della crisi graccana, fino al periodo delle guerre civili, delle lotte intestine tra i capi fazione, della dittatura di Silla, «il concetto di *vis*, intesa come violenza illecita, si afferma in maniera prepotente, ponendosi al centro dell'attività del pretore, della normazione repressiva della legislazione criminale, della riflessione del pensiero politico e della giurisprudenza [...]»¹.

In quest'ottica appare utile soffermarsi su una delle prime forme di tutela introdotte dal pretore a favore delle vittime di violenza

* Dedico queste pagine alla cara memoria di Cosimo Cascione. Con lui, in omaggio a una prassi consolidata, ho avuto modo di discutere sul contenuto della relazione da svolgere al Convegno su *Il volere nelle fragilità* (tenutosi il 9 aprile dell'anno scorso presso il Palazzo di Giustizia di Salerno, nell'ambito del Prin 2022 su 'Il volere normativo / The Regulatory Will'), la cui traccia è qui riproposta. Molto mi mancheranno il confronto e le intense sollecitazioni scientifiche scaturenti dalla sua quotidiana e magistrale vicinanza.

¹ L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, 13 [= Con una nota di lettura di L. Capogrossi Colognesi, nella collana *Antiqua*, Napoli, 2017, 25].

(fisica e/o morale), la cd. *formula Octaviana*², considerata l'antecedente storico dell'*actio quod metus causa* da gran parte della storiografia³. Informazioni su questo strumento, con la dovuta

² Cfr. M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Milano, 1969, 142; FR. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in ZSS, 43, 1922, 216 ss.; O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1883, 3^a ed. Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1956, 110 ss.; E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011, 127 s. e nt. 6 per ulteriore bibliografia; A. TARWACKA, *Quod vi metusve causa. Początki ochrony osób dokonujących czynności prawnej pod wpływem przymusu w prawie rzymskim*, in *Miscellanea Historico-Iuridica*, 2018, 101 ss.; J. GAULHOFER, *Metus. Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Wien-Köln, 2018, 24 ss. Sui rimedi contro la violenza morale e sulla loro funzione rinvio a P. LAMBRINI, *I rimedi contro la violenza morale tra ordinamenti moderni e diritto romano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 12, 2003, 7 ss.

³ In tal senso FR. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 216 ss., il quale sostiene «Die Vorgängerin der klassischen *actio metus causa*, wie sie uns im Julianische Edikt entgegentritt, war die *formula Octaviana* von der uns Cicero berichtet»; J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, 16; M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 142 s.; J.A. GONZALEZ ROMANILLOS, *El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política: Formula Octaviana y crimen repetundarum*, in *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2004, 393; E. CALORE, *Actio*, cit., 127 s.; C. VENTURINI, *Metus*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. Murga Gener*, Madrid, 1994, 929 ss. [= *Scritti di diritto penale romano*, II, a cura di F. Procchi e C. Terreni, Padova, 2015, 727 ss., da cui d'ora in poi si cita]; J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 45 ss., in part. 63 ss.; I. PONTORIERO, *I vizzi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, 2020, 58 ss. A.F. RUDORFF, *Ueber die Octavianische Formel*, in ZSS, 12, 1845, 149 ss., identificava la *formula Octaviana* con l'*actio quod metus causa*. Discusso è invece se fosse prevista anche una condanna pecuniaria in *quadruplum* come nella successiva *actio quod metus causa*. Sulla condanna pecuniaria in *quadruplum* si pronunciano favorevolmente: J.M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., 16; ID., *The Growth-Pattern of the praetor's edict*, in *IJ*, 1, 1966, 346; B.W. FRIER, *Urban Praetors and Rural Violence: The Legal Background of Cicero's Pro Caecina*, in *TAPA*, 113, 1983, 232; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino 7-9 gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 78; E. CALORE, *Actio*, cit., 127 s. e J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 45 ss., in part. 63 ss.; M.

cautela riconducibile alla relativa attendibilità della fonte, ci sono fornite, come è noto, da Cicerone. Si tratta di due testi particolarmente rilevanti.

Uno stralcio dell'orazione *In Verrem* costituisce la prima e unica ricorrenza esplicita della cd. *formula Octaviana*⁴. Il caso ha ad oggetto

BALZARINI, *Ricerche*, cit., 144, manifesta perplessità; e da ultimo anche I. PONTORIERO, *I vizi*, cit., 62, per il quale «le fonti in nostro possesso non consentono di stabilire se già tale azione fosse diretta al conseguimento del *quadruplum*». Nessun riferimento alla *formula Octaviana* si trova nel recente lavoro di A. HERRMANN, *Bereicherungsverbot und Gewalttaterhaftung. Zu den Klagen in id quod pervenit sowie in quantum locupletior factus est*, Köln, 2024, nel paragrafo dedicato all'*actio quod metus causa*.

⁴ M. VARVARO, *La formula Octaviana di Cic. Verr. II 3,65,152*, in *BIDR*, 117, 2023, 183 ss., in part. 186 ss., ipotizza che l'aggettivo *Octaviana* (in cui l'uso della lettera maiuscola è da attribuire ad una mera scelta degli editori moderni) sia un artificio retorico basato su *lusus verborum* e che l'espressione utilizzata da Cicerone non alludesse a una formula «effettivamente conosciuta dai contemporanei con questo nome alludendo al pretore che l'aveva creata» (p. 189). La fattispecie di violenza fisica rilevante per l'esercizio del *iudicium in octuplum* previsto dall'editto di Gaio Verre contro i decumani sarebbe stata, per lo studioso palermitano, per più versi analoga a quella per cui anche il suo successore in Sicilia, Cecilio Metello, aveva promesso in provincia, come già a Roma, il *iudicium* richiestogli dal senatore Caio Gallo contro Quinto Apronio. «Per riferirsi a una formula con condanna in un multiplo elevato come l'ottuplo, dunque, Cicerone potrebbe avere costruito un *lusus verborum* impiegando l'aggettivo *Octaviana* (*octaviana*), derivato dal numero ordinale *octavus* che rinvia a sua volta al numero cardinale *octo*, ma che nel pubblico dei suoi lettori sarebbe suonata come una formula escogitata da un pretore di nome *Octavius*» (p. 193). Al di là della mancanza di un concreto riferimento alla specifica portata della condanna, l'unica, tra l'altro, all'*octuplum*, e della oggettiva esiguità di fonti giuridiche risalenti a un'epoca anteriore al II secolo d.C., può considerarsi direi rilevante la 'vicinanza' della formula con l'*actio vi bonorum raptorum*. Si tratta di rimedi in una certa misura storicamente paralleli, entrambi incentrati sulla *vis* anche se nell'*actio vi bonorum raptorum* viene disciplinata una condotta violenta forse ancora più pericolosa (perché 'fisicamente' violenta e idonea a degenerare) e tesa all'ottenimento di una condanna (solo) in *quadruplum*.

l'appalto delle decime. Il cavaliere Q. Minucio⁵ aveva fatto un'offerta per la decima del territorio di Lentini superiore ai trentamila moggi di grano (*tritici mod. non mille non duo nec tria milia, sed ad unas unius agri decumanas tritici modium triginta*)⁶, un'offerta altissima per aggiudicarsi le decime ad un prezzo maggiore della decima parte della produzione, essendo egli a conoscenza di editti, nuovi e molto iniqui (*novis edictis et iniquissimis institutis*)⁷, introdotti da Verre negli anni della sua propretura (*plus aliquanto se quam decumas ablaturum videata*). Cicerone sottolinea come Minucio non avrebbe mai pensato di aggiudicarsi le decime a un prezzo così alto se Verre le avesse appaltate in conformità alla legge di Gerone⁸. Tuttavia, il pretore non accettò l'offerta di Minucio in quanto

⁵ Cic. in Verr. II 3.64.148: *Dico equitem Romanum, hominem in primis honestum, Q. Minucium [...]*.

⁶ Cic. in Verr. II 3.64.148.

⁷ Cic. in Verr. II 3.64.149. M. GENOVESE, *Gli interventi edittali di Verre in materia di decime sicule*, Milano, 1999, 199 ss., sottolinea il tono quasi preoccupato di Cicerone per l'offerta elevatissima del cavaliere Q. Minucio conseguenza delle innovazioni normative di Verre che preludevano a più lauti guadagni.

⁸ La legge di Gerone stabiliva il modo di esazione delle decime. Verre, senza curarsi di questa legge sempre rispettata dai governatori romani, emanò un editto in base al quale l'appaltatore delle decime che collaborava con lui, aveva il diritto di sequestrare il frumento ai contadini nella misura da lui fissata. Sulle forme di aggiudicazione secondo la legge *Hieronica* e sulla particolare situazione che portò all'aggiudicazione della decima del territorio ad Apronio si v. J. CARCOPINO, *La loi de Hiéron et les Romains*, Paris, 1914, rist. an. Roma, 1965, 83 ss. Secondo K. KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della repubblica romana*, trad. it. di L. Costantino, Roma, 1972, 127, non era difficile accusare il contadino di falsa dichiarazione circa la quantità di terreno posseduto. Inoltre a Verre Cicerone rimprovera di aver cercato di ridurre anche l'autonomia giurisdizionale dei Siculi garantita dalla *lex Rupilia* arrogandosi il diritto di *animadvertere* contro il giudice locale che avesse giudicato *perperam*. Cfr. su questo aspetto O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *La loi Rupilia et l'édit 'si qui perperam iudicasset'*, in *Orbis Iuris Romani*, 4, 1998, 85 ss.; M. GENOVESE, *Gli interventi*, cit., 199 ss.; L. MAGANZANI, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano, 2007, 6 s. e nt. 13.

preferì aggiudicare la decima ad Apronio (*addixisses Apronio*), sebbene fosse trentamila moggi in meno di quanto avrebbe potuto ottenere dal cavaliere (*unius agri decumas xxxx milibus modium minoris quam potuerit vendidisse*)⁹, confidando nel fatto che non avrebbe lasciato agli agricoltori i nove decimi del raccolto, ma si sarebbe riservato le loro ricchezze e proprietà¹⁰.

Cic. in *Verr.* II 3.64.150: *Deinde ipse Minucius numquam tanti habere voluisset, si decumas tu lege Hieronica venderes; sed quia tuis novis edictis¹¹ et iniquissimis institutis plus aliquanto se quam decumas ablaturum videbat, idcirco longius progressus est.*

Apronio, proprio approfittando di quel clima di illegalità instaurato da Verre nelle «controversie tra appaltatori ed *aratores*, i quali si erano piegati alle transazioni estorte *vi et metu*¹², costretti dalla violenza e da un potere illimitato (*vi atque imperio*) e timorosi della fustigazione e della morte (*virgarum ac mortis metu*)¹³», rapinava e portava via (*rapiebat et asportabat*)¹⁴ da ciascuno quanto voleva,

⁹ Cic. in *Verr.* II 3.64.151.

¹⁰ Cic. in *Verr.* II 3.29.70: [...] *qui aratori novem partis reliquas factas esse existimet, qui non intellegat iustum sibi quaestui praedaeque habuisse bona possessiones fortunasque aratorum?*

¹¹ Per una puntuale descrizione di episodi in cui rilevano la *novitas* e l'*iniquitas* dei provvedimenti adottati da Verre cfr. F. TUCCILLO, *Editto e ius novum. Sulle tracce del 'quod quisque iuris'*, Napoli, 2018, 139 ss.

¹² Cic. in *Verr.* II 3.62.143: *Etiam sane sit aliquis dissolutior in iudicando, legum officii rei publicae sociorum atque amicorum neglegentior: quid? is possitne de istius improbitate dubitare, cum tanta lucra facta, tam iniquas pactiones vi et metu expressas cognoverit [...].*

¹³ Cic. in *Verr.* II 3.62.143: [...] *cum tanta praemia civitates vi atque imperio, virgarum ac mortis metu, non modo Apronio atque eius similibus verum etiam Veneriis servis dare coactas?*; Cic. in *Verr.* II 3.31.74: *Ita ab una civitate vi minis imperio iniuriisque praetoris eripiuntur tritici medimnum xxxiii et praeterea HS lx.* C. VENTURINI, *Metus*, cit., 727.

¹⁴ Cic. in *Verr.* II 3.12.29: *Immo vero contra rapiebat et asportabat quantum a quoque volebat Apronius, omnibus autem locis aratores spoliati ac vexati querebantur; neque tamen*

frumento in misura superiore alle decime, imponendo la consegna della quantità imposta *vi, malo, plagis*¹⁵.

All'arrivo in Sicilia del governatore Lucio Metello (successore di Verre nella propretura di Sicilia)¹⁶, quando tutti i membri del seguito di Verre erano diventati suoi amici, un uomo di prim'ordine, il senatore Gaio Gallo, gli fece richiesta di aprire un procedimento legale contro l'appaltatore Apronio contestandogli le spoliazioni perpetuate con la violenza e l'intimidazione ai danni degli agricoltori siciliani nel triennio precedente, come prevedeva il suo editto, con la formula *quod per vim aut metum abstulisset*. Si trattava della cd. *formula Octaviana* e Metello l'aveva accolta nel suo editto a Roma, e riprodotta in quello provinciale quando era propretore in Sicilia nel 70 a.C. (*quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia*). Ma Metello negò l'azione in quanto non voleva che il processo per *repetundae*, che si stava celebrando a Roma contro Gaio Verre, fosse condizionato in via preliminare¹⁷.

Cic. in *Verr.* II 3.65.152: *Tenetur igitur iam, indices, et manifesto tenetur avaritia, cupiditas hominis, scelus, improbitas, audacia. Quid? Si haec quae*

ullum iudicium reperietur. Comportamenti fisicamente violenti di Apronio ricorrono anche in altri stralci delle Verrine (II 3.12.31; II 3.14.37; II 3.22.55; II 3.23.57; II 3.45.106). Per una disamina di casi in cui *auferre* è in combinazione con *vis* e *metus* o in cui la violenza fisica o morale è espressa con *rapere*, *diripere*, *abigere*, *abducere*, *cogere*, rinvio a J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 32 ss.

¹⁵ Cic. in *Verr.* II 3.23.56: *Huic homini, indices, honestissimae civitatis honestissimo non modo frumenti scitote, sed etiam vitae et sanguinis tantum relictum esse quantum Apronii libido tulit; nam vi, malo, plagis adductus est ut frumenti daret non quantum deberet sed quantum cogeretur*.

¹⁶ Su Metello, pretore urbano nel 71 a.C. (cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II. 99 B.C.-31 B.C., New York, 1952, 122, 128 s.) e successore di Verre in Sicilia nel 70 a.C., cfr. F. MÜNZER, voce *Caecilius*, n. 3, in *RE*, III.1, Stuttgart, 1897, rist. 1970, 1204 s.

¹⁷ Il collegamento con un giudizio di tipo recuperatorio consente, secondo C. VENTURINI, *Metus*, cit., 704, di collocare l'origine del mezzo processuale nell'ambito dei rapporti tra peregrini e cittadini romani.

dico ipsius amici defensoresque iudicarunt, quid amplius vultis? Adventu L. Metelli praetoris, cum omnes eius comites iste sibi suo illo panchresto medicamento amicos reddidisset, aditum est ad Metellum; eductus est Apronius. Eduxit vir primarius, C. Gallus sanator; postulavit ab L. Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, quod per vim aut metum abstulisset¹⁸, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia. Non impetrat, cum hoc diceret Metellus, praeiudicium¹⁹ se de capite C. Verris per hoc iudicium nolle fieri. Tota Metelli cohors hominum non ingratorum aderat Apronio; C. Gallus, homo vestri ordinis, a suo familiarissimo L. Metello iudicium ex edicto non potest impetrare.

¹⁸ Le parole *quod-abstulisset* conterrebbero una citazione, «modificata nel trasporto alla costruzione indiretta», della formula per V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, in *Studi economici giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, 4, 1912, 138 [= *Rariora*, Roma, 1946, rist. Camerino, 1970, 112 = *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 386 da cui d'ora in poi si cita]. Di recente M. VARVARO, *La formula Octaviana*, cit., 185 s., è ritornato sul problema dell'attendibilità della formula riportata da Cicerone, rimarcando come la scelta di riprodurre le parole della formula in corpo diverso dal resto del testo trascritto costituisca frutto di una scelta editoriale. Sui termini formulari in relazione alla testimonianza ciceroniana cfr. anche E. CALORE, *Actio*, cit., 13 s.; J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 26 ss.

¹⁹ Sul significato di *praeiudicium* nel luogo ciceroniano e sull'esistenza di una regola pregiudiziale nell'editto si v., oltre a K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen Recht*, Salzburg, 1976, 121, nt. 2; F. DE MARINO AVONZO, *Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum. Ricerche nel tardo diritto classico*, in *BIDR*, 59-60, 1956, 126 ss. e A. BURDESE, *Recensione a F. DE MARINO AVONZO, Coesistenza*, cit., in *IVR4*, 7, 1956, 159 ss.; M. MARRONE, *Sulla funzione delle formulae praeiudiciales*, in *Scritti giuridici in onore di G. Salemi*, Milano, 1961, 121 ss.; ID., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUP4*, 24, 1995, 265 ss.; C. VENTURINI, *Per un riesame dell'esperienza giuridica romana in materia di illecito arricchimento dei titolari di funzioni pubbliche*, in *Panorami*, 4, 1992, 373 [= *Scritti di diritto penale romano*, I, Padova, 2015, 487]; E. CALORE, *Actio*, cit., 12 s. e nt. 10; I. PONTORIERO, *I vizj*, cit., 59 s. e nt. 24.

Tralasciando in questa sede il problema del legame tra la *formula Octaviana* e la *quaestio de repetundis* di cui era accusato Verre²⁰, giova invece soffermarsi sull'espressione *quod per vim aut metum*²¹ *abstulisset*, considerata dalla storiografia maggioritaria²² una parafrasi della clausola edittale con la quale si prometteva la *formula Octaviana*.

In un periodo di guerre intestine e «dell'ordine sociale profondamente turbato, di cui facilmente profitta[va]no coloro che pesca[va]no nel torbido, con estorsioni, violenze, minacce»²³, in un clima di illegalità, di cui Cicerone era testimone oculare, la *vis* come attività violenta non solo in senso fisico ma anche morale andava necessariamente disciplinata. La formula sarebbe stata introdotta

²⁰ Secondo E. CALORE, *Actio*, cit., 131, nt. 18, Metello per primo aveva visto uno stretto collegamento tra la posizione di Apronio e quella di Verre e dunque tra i rimedi con i quali i comportamenti venivano rispettivamente sanzionati. Cfr. M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 147.

²¹ Quanto al *metus*, assumeva rilevanza giuridica solo se si risolveva nella minaccia di un male notevole alla persona stessa del *coactus* o alle persone dei suoi stretti congiunti e se il male minacciato avesse avuto carattere di illecito morale o giuridico. Il pretore tutelava il soggetto che aveva subito l'effetto dell'esercizio della violenza morale. Per F. PULITANÒ, *La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva*, in 'Actio in rem' e 'in personam'. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 675, solo il *metus* era idoneo ad indicare la 'Motivationslage', «vero fondamento della concessione della tutela giurisdizionale».

²² In tal senso A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, 254 ss.; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindictio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, 1974, 162 ss.; M. KASER, *Zur in integrum restitutio besonders wegen metus und dolus*, in *ZSS*, 107, 1977, 126 s.; C. VENTURINI, *Metus*, cit., 705; E. CALORE, *Actio*, cit., 16, nt. 14. Per A.F. RUDORFF, *Ueber die Octavianische Formel*, cit., 156, l'espressione ciceroniana non poteva indicare una formula per l'uso del *quod* e del congiuntivo *abstulisset* difficilmente utilizzato nelle *formulae*. *Contra* D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 70, nt. 271 per il quale la *formula Octaviana* iniziava con *Quod*.

²³ C. SANFILIPPO, *Il metus nei negozi giuridici*, Padova, 1934, 171.

infatti per tutelare le vittime di coercizione della volontà²⁴ per *vis compulsiva* (in armonia con l'osservazione di Mommsen²⁵ secondo cui il tenore della *formula Octaviana* sarebbe rapportato alla legislazione *de repetundis*) e *vis ablativa*. Secondo Mantovani «la *formula Octaviana* sarebbe stata modellata sulla *lex Cornelia de repetundis* con lo scopo di colpire i membri del seguito del magistrato provinciale non compresi, in quanto privi di carica, nel novero dei legittimati passivi alla *quaestio*»²⁶. Sappiamo infatti che rientravano nella fattispecie del *crimen repetundarum*, reato proprio, solo le attività riferibili in modo diretto o indiretto al soggetto incriminabile.

Fatte queste premesse, cerchiamo quindi di spiegare l'espressione *vi aut metu auferre*: la formula si riferisce all'operato dell'autore della violenza, e potrebbe indicare sia l'azione del portar via con violenza fisica, cioè l'impadronirsi di beni altrui strappandoli dalle mani della vittima, sia l'impossessamento come conseguenza di una violenza morale, espressione di una posizione

²⁴ L. VACCA, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'*, Milano, 1972, 107, evidenzia come la *vis* dell'*actio vi bonorum raptorum* concretandosi in una necessaria asportazione fosse diversa dalla *vis* della *formula Octaviana* in cui l'attenzione rivolta al soggetto passivo avrebbe indotto a considerare solo l'effetto della *vis* e non «la meccanica connessa con l'esplicarsi della *vis*». *Contra* J. GAULOFER, *Metus*, cit., 45 ss., per la quale la *formula Octaviana* può essere considerata l'antecedente non solo dell'*actio quod metus causa* ma anche dell'*actio vi bonorum raptorum*. Si v. anche L. SOLIDORO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano: appunti dalle lezioni*, Napoli, 1993, 15 ss.

²⁵ Secondo TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 716, nt. 6, la legislazione *de repetundis* «Geschenke und Erpressungen im Auge gehabt nicht das wenig aristokratische Verbrechen des directen *Furtum*».

²⁶ D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla «quaestio» unilaterale alla «quaestio» bilaterale*, Padova, 1989, 157, nt. 109. Cfr. anche J.A. GONZALEZ ROMANILLOS, *El procedimiento*, cit. 395 e 397 ss.; E. CALORE, *Actio*, cit., 145 ss. Nega un legame con la legge sulle *repetundae* J. GAULOFER, *Metus*, cit., 69 ss.

di forza nei confronti di un soggetto costretto ad un puro *pat*²⁷. L'uso della disgiuntiva *aut* potrebbe indicare proprio due modi di coercizione alternativi ma con uguale effetto processuale²⁸, anche se la coordinativa *et* a formare una endiadi, come affermava già Schulz²⁹, pare la soluzione più congeniale. La formula avrebbe riguardato la violenza esplicata anche attraverso l'intimidazione, la minaccia e dunque avrebbe espresso «sul piano descrittivo come su quello ideologico, l'unità concettuale della situazione richiamata»³⁰, non essendoci d'altronde nessuna ragione pratica di distinguere i comportamenti per l'identità della previsione edittale nei due casi.

Se consideriamo il contesto della vicenda ciceroniana possiamo certamente rilevare come Apronio, approfittando del suo potere e spalleggiato da un uomo tanto impudente come Verre, usasse violenza e minacce per estorcere l'enorme quantità di grano ed esigere denaro, ponendo gli agricoltori, vittime della *vis*, in una situazione di inferiorità anche psicologica derivante pure dal «particolare clima politico»³¹.

L'espressione *per vim et metum auferre* ricorre anche in un altro luogo ciceroniano, in cui l'Arpinate non parla esplicitamente di *formula Octaviana* (espressione che, come abbiamo detto, ricorre una sola volta nell'orazione in *Verrem* appena descritta), ma i due mezzi

²⁷ C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano, 1979, 250, rileva che nella rappresentazione ciceroniana del *crimen repetundarum* l'uso di *auferre*, del quale è evidente un'estensione semantica con varietà di comportamenti, stia ad indicare «acquisti realizzati [...] attraverso contrattazioni imposte e condotte strumentalizzando la propria posizione di superiorità per piegare con tacita minaccia la resistenza della controparte».

²⁸ C. VENTURINI, *Metus*, cit., 705 s.

²⁹ FR. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, rist. Aalen, 1992, 601. Per lo studioso «in any case *vis aut metus* should be taken as a sort of hendiadys. Fear caused by threat». In tal senso anche C. VENTURINI, *Metus*, cit., 705, il quale considera arbitraria la disgiuntiva *aut*.

³⁰ C. VENTURINI, *Metus*, cit., 706.

³¹ C. VENTURINI, *Metus*, cit., 728.

processuali possono identificarsi proprio per la esatta coincidenza dei termini utilizzati. Si tratta di un'*epistula* del 60-59 a.C. indirizzata al fratello Quinto proconsole in Asia (*eodem tempore parum secunda fama proconsulatum Asiae administrantem hortatur*) che aveva ad oggetto l'amministrazione della giustizia nella provincia d'Asia, dove i *Sullani homines* avevano commesso soprusi e indebiti arricchimenti. Nell'*epistula* Cicerone esalta il comportamento del pretore *Octavius (vicinum suum Octavium)*³², la cui *iurisdictio* era sì ispirata a *severitas*, ma, affinché il rigore non risultasse sgradito e attribuito a crudeltà, era accompagnata da altre due virtù, l'una sostanziale, l'altra esteriore³³. Dal punto di vista sostanziale la *severitas* doveva essere attuata con *constantia* e cioè evitando che i provvedimenti fossero condizionati da sentimenti di odio o favore nei confronti dei destinatari, la *severitas* esteriormente doveva poi combinarsi con l'amabilità e la scrupolosità (*lenitas in decernendo*³⁴, *in satis faciendo ac disputando diligenter*)³⁵.

³² Può darsi anche che Svetonio si riferisca non già all'*epistula ad Q. fr.* 1.1.7.21, ma alla lettera scritta da Cicerone circa ad un anno di distanza dalla precedente, relativa al proconsolato macedonico di C. Ottavio e alla propretura siciliana di C. Vergilio (1.2.2.7: *Et mediocri me dolore putas affici, cum audiam, qua sit existimatione C. Vergilius, qua tuus vicinus C. Octavius? Nam, si te interioribus vicinis tuis, Ciliciensi et Syriaco, anteponis, valde magnum facis! atque is dolor est, quod, cum ii, quos nominavi, te innocentia non vincant, vincunt tamen artificio benevolentiae colligendae, qui neque Cyrum Xenophontis neque Agesilaum noverint, quorum regum summo imperio nemo umquam verbum ullum asperius audivit*). Si v. in tal senso M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 145, nt. 175; J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere: Überlegungen zu Cic. Q. fr. 1.1.21*, in *RIDA*, 60, 2013, 178 s.

³³ Cic. *ad Q. fr.* 1.1.7.21.

³⁴ Anche Sallustio (*Hist.* 2.26 [B. MAURENBRECHER]: *Collegamque eius Octavium mitem et captum pedibus*) ricorda *Octavius* come un uomo *mitis*. Questi aggettivi ben coincidono con l'*humanitas* e la *lenitas* indicate da Cicerone nella sua lettera.

³⁵ Giustamente F. SILLA, «*Haec mea διαίρεσις*». Il «breve edictum» di Cicerone in *Att.* 6.1.15, in *RIDR*, 14, 2014, 11, sottolinea come Cicerone in questa *epistula* faccia una raffinata riflessione sull'assenza di controlli per così dire esterni al promagistrato. In provincia, infatti, mancava a suo dire qualsiasi freno alle

Cic. *ad Q. fr.* 1.1.7.20: [...] *qua re sit summa in iure dicundo severitas, dummodo ea ne varietur gratia, sed conservetur aequabilis* [...]; 21. *Adiungenda etiam est facilitas in audiendo, lenitas in decernendo, in satisfaciendo ac disputando diligentia.*

Come prova della *severitas* che Quinto avrebbe dovuto adottare nell'amministrazione della giustizia, Cicerone menziona due provvedimenti presi da quel pretore durante la sua carica: uno teso alla restituzione (*reddere*) di tutto quello che i partigiani di Silla (i *Sullani homines*, identificati da parte della storiografia³⁶ con i *Sullani possessores*, cioè coloro che si erano appropriati illegalmente delle terre confiscate da Silla) avevano arraffato con prepotenza e incutendo paura; l'altro volto a imporre a coloro che avessero emanato decreti ingiusti l'obbedienza ai loro stessi ordini.

Cic. *ad Q. fr.* 1.1.7.21: *Iis rebus nuper C. Octavius iucundissimus fuit, apud quem proximus lictor quievit, tacuit accensus, quoties quisque voluit dixit et quam voluit diu; quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur: cogebantur Sullani homines, quae per vim et*

iniziative del governatore, non essendovi né colleghi magistrati né tribuni della plebe che potessero esercitare il veto, ed essendo così lontani dal controllo diretto o indiretto del popolo e del Senato. Per tali ragioni prosegue Cicerone la *lenitas*, intesa come affabilità, era necessaria in provincia, dove i cittadini e gli alleati dovevano avere la sensazione di essere ben governati da un solo uomo. Costui deve autoregolamentarsi eventualmente predeterminando nell'editto la disciplina di situazioni insidiose per l'equilibrio delle scelte.

³⁶ Cfr. W.G. WILLIAMS, *Cicero. The letters to his friends*, III, London, 1960, 410, nt. a; J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines*, cit., 167, e nt. 10; EAD., *Metus*, cit., 53 s. («dass es sich bei *Sullani homines* aus Cic. *Q. Fr.* 1.1.21 um rechtmäßige Erwerber von proskriptionsgut handelt»). Sui *Sullani possessores* si v. A. DRUMMOND, *Rullus and the Sullan Possessores*, in *Klio*, 82, 2000, 126 ss.; F. SANTANGELO, *Sulla, the Elites and the Empire. A Study of Roman Policies in Italy and in the Greek East*, Leiden-Boston, 2007, 78 ss.; ID., *Sullanus and Sullani*, in *Arctos*, 46, 2012, 189 ss.

metum abstulerant, reddere; qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum.

Il primo provvedimento menzionato allude probabilmente alla cd. *formula Octaviana*. La *severitas* cui fa riferimento Cicerone si sarebbe concretizzata proprio nel *cogere*³⁷, nel costringere, i *Sullani homines* alla restituzione di ciò che avevano ottenuto per mezzo della violenza e del timore reintegrando così la vittima. La severità non si sarebbe invece concretizzata nel punire «coloro che avevano tratto vantaggi da situazioni conseguenti a proscrizioni, sia mediante estorsione sia quali profittatori di situazioni di necessità»³⁸.

Secondo Kupisch³⁹ in questa clausola il verbo *auferre* indicava non solo l'azione del prendere, togliere, strappare, ma anche dell'ottenere, acquistare⁴⁰. Dunque, il passo ciceroniano avrebbe avuto ad oggetto la fattispecie dal punto di vista dell'acquirente, di colui, cioè, che aveva ottenuto per *vim et metum* beni corporali dei quali si chiedeva la restituzione⁴¹. Se il verbo *auferre* è di uso comune in epoca tardo repubblicana ed esprime in forma generica un ingiusto spossessamento⁴², credo che nella formula, in combinazione con *per vim et metum*, indichi proprio l'esperibilità

³⁷ Concordo con C. VENTURINI, *Studi*, cit., 256, che il verbo *cogere* esprima un diverso atteggiarsi del dolo che si manifesta nella «costrizione attraverso l'esercizio dei poteri magistratuali, spingendo la vittima a prestazioni non dovute per il timore di un maggior danno ma senza il ricorso a manifeste illegalità».

³⁸ Così B. KUPISCH, *Considerazioni in tema di metus: l'actio quod metus causa*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Atti delle Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2009, 140.

³⁹ B. KUPISCH, *Considerazioni*, cit., 147.

⁴⁰ Questo significato compare anche nella voce *Auferre*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, a cura di H. Heumann e H. Seckel, 44: «annehmen, im Empfang nehmen, erhalten, erlangen».

⁴¹ M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 150.

⁴² Così C. VENTURINI, *Metus*, cit., 705.

contro colui che aveva provocato il timore e aveva fatto uso della violenza impossessandosi indebitamente di qualcosa⁴³.

Anche sul secondo provvedimento *Qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum* la storiografia ha largamente discusso⁴⁴.

In letteratura è consolidata l'idea che ci sia uno stretto collegamento tra l'*epistula* ciceroniana e l'*editto quod quisque iuris*⁴⁵

⁴³ Cfr. J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 64, la quale anche ritiene che nella *formula Octaviana* il verbo *auferre* connessa con le espressioni *per vim et/aut metum* «nur gegen denjenigen durchgesetzt werden, der die Furcht erregt bzw. die Gewalt ausgeübt und gleichzeitig etwas erworben hat».

⁴⁴ Proprio questo secondo provvedimento sarebbe un chiaro riferimento all'*editto quod quisque iuris*: si v. in tal senso G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, 1, Milano, 1963, 177; A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dione Cassio*, 36.40.1-2, in *IVRA*, 20, 1969, 521; R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, III. *Palíngenesia y Reconstrucción*, Santiago de Compostela, 1995, 69 s.; M. SIXTO, *Algunos aspectos del llamado «edicto de retorsión»*, in *Liber amicorum J. Miquel*, Barcelona, 2006, 947 s.

⁴⁵ Già J.A. BACH, *Historia Iurisprudentiae Romanae: quatuor libris comprehensa*, Lipsiae, 1765, 210, nt. r: «*Sed ipsum illud, quod tamquam aliquid singulare et institutum laudat Cicero, docere debuisset viros eruditos, non fuisse id caput omnibus Edictis commune ac fere tralatitium: deinde etiam id pertinuit tantum ad causam singularem, nempe ad Sullanorum hominum iniuriosa et iniqua decreta*»; A. METRO, *La lex Cornelia*, cit., 520 s.; M. KASER, *Ius honorarium und ius civile*, in *ZSS*, 100, 1984, 66, nt. 307; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 166, nt. 222; ID., *Riflessioni sul 'ius honorarium'*, in *Estudios en Homenaje al Profesor F. Hernández Tejero*, II, Madrid, 1992, 11, nt. 44 [= *Scritti giuridici*, III, a cura di G. Falcone, Palermo, 2006, 243, nt. 44]; N. PALAZZOLO, *L'edictum «de albo corrupto» e il problema della pubblicità delle norme edituali in età postadrianea*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 601 s., nt. 29 [= *IVS e TEXNH. Dal diritto romano all'informatica giuridica. Scritti di N. Palazzolo*, I. *Diritto romano*, a cura di F. Arcaria, Torino, 2008, 274, nt. 29]; R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, III, cit., 66 ss.; J.M. COMA FORT, *Sobre los límites de la potestad jurisdiccional de los magistratos romanos*, in *Homenaje a A. Hernández Gil*, I, Madrid, 2001, 699 [= *Annario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 2011, 280, da cui d'ora in poi si cita]; A.R. MARTÍN MINGUJÓN, *Fórmulas reconstruidas y acciones in factum conceptae*, Madrid, 2001, 29, nt. 77; M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 948.

contenuto nel titolo 2.2 dei *Digesta* sotto la rubrica *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*⁴⁶. Le ricostruzioni palinogenetiche⁴⁷ inseriscono questo editto nel titolo dedicato alla *iurisdictio*, di seguito a quello *de albo corrupto*, per la stretta relazione esistente tra i due *edicta*. Per comprenderne la portata, è opportuno partire dalla clausola edittale nella quale si stabiliva che colui il quale esercitasse una magistratura e avesse statuito *novum ius* (*aliquid novi iuris statuerit*), e colui al quale venisse riconosciuto un *novum ius* (*aliquid novi iuris optinuerit*) da *qui magistratum potestatemque habebit*, se successivamente parti di una controversia dello stesso genere, avrebbero sopportato l'applicazione di quel medesimo *novum ius*.

Ulp. 3 *ad ed.* D. 2.2.1.1⁴⁸ [L. 217]: «*Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem iure uti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris optinuerit, quandoque postea adversario eius postulante eodem iure adversus eum decernetur*»: *scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur*.

Novum ius, qualificato da Ulpiano sempre nello stesso titolo (D. 2.2.3 pr.) *iniquum*, e dunque tale da giustificare l'intervento pretorio cosiddetto 'di ritorsione'. L'*edictum quod quisque iuris* fu sollecitato da una esigenza moralizzatrice volta a limitare l'ampia discrezionalità

⁴⁶ Per un inquadramento dell'editto *quod quisque iuris* e dei problemi di datazione, destinatari, contenuto, rinvio al mio *Editto*, cit., *passim*.

⁴⁷ Si v. C.F. HOMMELIUS, *Palinogenesia librorum iuris veterum sive Pandectarum*, III, Lipsiae, 1768, 43 s.; G.J. VAN REENEN, *Edicti perpetui a Salvio Iuliano compositi. Fragmenta*, Amstelodani, 1840, 9; A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui*, Lipsiae, 1869, rist. Pamplona, 1997, 32, I A § 7; O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 58 s.

⁴⁸ TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini, 1870, 42.

dei magistrati giurisdicenti⁴⁹, che come Verre, nel periodo tardo repubblicano, abusavano della loro *iurisdictio*, minacciando quindi l'applicazione anche a loro di quei *decreta contra edictum* già adottati nei confronti di altri⁵⁰.

L'espressione *qui in magistratibus iniuriose decreverant* dell'*epistula* sarebbe un richiamo alla formula attraverso la quale era possibile convenire in giudizio, con un rimedio di diritto privato, gli ex magistrati per atti compiuti durante la loro carica⁵¹. Nel provvedimento di Ottavio contenuto nell'*epistula* si fa riferimento espresso a privati ex magistrati (*eodem ipsis privatis erat iure parendum*)

⁴⁹ Cfr. sotto questo profilo M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 949.

⁵⁰ Così N. PALAZZOLO, *L'edictum*, cit., 601 s. [= *IVS e TEXNH*, I, cit., 274]; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, 69 s. Questo provvedimento pretorio avrebbe integrato sul piano 'sanzionatorio' la *lex Cornelia* – certamente un momento di fondamentale importanza per lo sviluppo dell'attività giurisdizionale del pretore e per la storia dell'editto pretorio – che imponeva l'obbligo di pubblicare preventivamente i principi cui si sarebbe dovuto attenere il magistrato nell'esercizio della sua *iurisdictio*, escludendo che si potesse *varie ius dicere*, spesso addirittura non per esigenze oggettive della giurisdizione, ma per favore o per odio di qualcuno. L'espressione *varie ius dicere* (Asc. in *Corn.* 52 [Clark, p. 59.7-11]: *Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen inuitis tulit, ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent: quae stadium aut gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicere assueverant, sustulit*) rende bene l'intento della *lex Cornelia* in quanto *varie* sembra indicare non soltanto che i pretori potevano decidere in modo diverso dall'editto (intendendo l'avverbio *varie* nel senso di «variamente» o «diversamente») ma anche che si pronunciavano «ora in un modo, ora in un altro», con conseguente varietà di decisioni a seconda delle circostanze e delle influenze esterne. L'avverbio in questione condensa in sé anni e decenni di abusi, sembra esprimere tutto «il profondo degenerare della funzione giurisdizionale dei pretori in Roma, i quali si erano arrogati col tempo, e soprattutto durante i contrasti politici del I sec. a.C., poteri sempre più ampi» (così A.M. GIOMARO, *Per lo studio della lex Cornelia de edictis del 67 a.C.: la personalità del tribuno proponente, Gaio Publio Cornelio*, in *Studi Urbinati*, 43, 1974-75, 290).

⁵¹ C. VENTURINI, *Un caso di appellatio. Note in margine ad Ascon. 65 s. Stangl* = 84 Clark, in *Index*, 26, 1998, 54.

ma sono da intendersi compresi anche i magistrati ancora nell'esercizio delle loro funzioni in base all'editto *quod quisque iuris*⁵². Dunque, dalla lettura congiunta dei due testi possiamo supporre che l'*edictum* di Ottavio, cui si riferisce Cicerone, imponesse ai magistrati, i quali con decreti iniqui avevano estorto beni o denaro, di subire il procedimento *eodem iure* e cioè l'applicazione di quello stesso decreto teso alla restituzione di quanto sottratto *per vim et metum*⁵³.

2. L'*Octavius giusdicente*

Un problema connesso con la *formula Octaviana* è l'identità del suo autore. In merito tre sono le possibili alternative: *Cn. Octavius*,

⁵² C. VENTURINI, *Metus*, cit., 710, sottolinea come l'esperibilità della *formula Octaviana* fosse da intendersi estesa anche agli abusi commessi nell'esercizio della carica. Sull'applicabilità dell'editto di ritorsione a magistrati nell'esercizio delle loro funzioni mi sono diffusamente espressa in *Editto*, cit., 235 ss. e in quella sede avevo negato rilevanza all'*epistula ad Q. fr.* 1.1.7.21 ai fini della datazione e della ricostruzione dell'editto.

⁵³ Può immaginarsi dunque che l'editto di ritorsione e la cd. *formula Octaviana* siano stati introdotti dallo stesso pretore. Così E. GENZMER, *Talion im klassischen und nachklassischen Recht? Erwägungen über Ursprung und Grundgedanken des Edikts Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur*, in *ZSS*, 62, 1942, 135 s., che identifica *C. Octavius* nell'autore anche dell'editto; B.W. FRIER, *Urban Praetors*, cit., 233, il quale attribuisce a *Cn. Octavius* sia l'editto *quod quisque iuris* che la *formula Octaviana*; R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, III, cit., 68 s. *Contra* H. LÉVY-BRUHL, *Une application originale du talion en matière de procédure civile: L'édit: quod quisque iuris...*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, II, Paris, 1926, 135 s., per il quale l'editto avrebbe avuto origini più remote rispetto alla datazione rinvenibile da Cicerone e dunque l'Ottavio citato da Cicerone non sarebbe lo stesso pretore dell'editto *quod quisque* di cui a D. 2.2.1; J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 50 ss.; J.A. GONZALEZ ROMANILLOS, *El procedimiento*, cit., 396, il quale nega qualsiasi collegamento tra l'*edictum* e l'*epistula*. Sulla relazione tra i due provvedimenti rinvio a F. TUCCILLO, *Editto*, cit., 236 s.

pretore nel 79 a.C. e console nel 76 a.C.⁵⁴, *L. Octavius*, pretore nel 78 a.C., console nel 75 a.C.⁵⁵, e proconsole in Cilicia nel 74 a.C. e *C. Octavius* pretore nel 61 a.C. e proconsole in Macedonia nel 60 a.C.⁵⁶.

Schulz⁵⁷ parla della *formula Octaviana* introdotta da un *praetor Octavius* nell'80 circa a.C. e riferita da Cicerone nelle *Verrine*⁵⁸ (nel testo di cui abbiamo discusso) e nell'*epistula ad Q. fr.* 1.1.7.21. Per Balzarini⁵⁹ i due personaggi potrebbero essere identificati e la *formula Octaviana* potrebbe considerarsi espressione di una linea politica antisillana perseguita dal suo creatore, in particolare per colpire i soprusi attuati in provincia dai seguaci del dittatore; è da «[...] escludere che il primo creatore del mezzo processuale in oggetto possa identificarsi con il padre di Ottaviano Augusto, *Cn. Octavius*, pretore nel 61, ed è giocoforza pensare a un altro *Cn. Octavius*, pretore nel 79, ovvero a *L. Octavius*, pretore nel 78».

⁵⁴ Su *Cn. Octavius* si v. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, cit., 83; D. MANTOVANI, *Gli esordi*, cit. 78 e ntt. 69 e 70 bibliografia.

⁵⁵ Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, cit., 96, 104; A. D'ORS, *El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'*, in *AHDE*, 51, 1981, 226; C. VENTURINI, *Metus*, cit., 925; ID., *Un caso*, cit., 54; R.A. BAUMAN, *The Rape of Lucretia 'Quod metus causa' and the Criminal Law*, in *Latomus*, 52, 1993, 554 ss.; J.A. GONZÁLEZ ROMANILLOS, *El procedimiento*, cit., 391; J.M. COMA FORT, *Sobre los límites*, cit., 281, nt. 56; S. GALEOTTI, *L'editto di Lucullo e il processo a C. Antonius Hybrida. Osservazioni in tema di «edictum de vi hominibus armatis coactisve»*, in *RDR*, 16-17, 2016-2017, 8 ss., e nt. 45.

⁵⁶ Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, cit., 179, 185.

⁵⁷ FR. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 600 s. Si v. anche L. LABRUNA, *Vim*, cit., 14 s., nt. 36 [= 26 s., nt. 36].

⁵⁸ Cic. *In Verr.* II 3.65.152.

⁵⁹ M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 145 e 148; ID., voce *Violenza (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 831.

Ma cerchiamo di inquadrare brevemente il profilo di questi personaggi⁶⁰. Quanto al pretore *Caius Octavius*⁶¹, il filologo Watt⁶², preferendo la lettura suggerita nell'*editio princeps* veneziana di Jenson del 1470⁶³, lo identifica con il padre di Ottaviano Augusto, pretore nel 61 a.C.⁶⁴. Sulla sua scia Shackleton Bailey⁶⁵, facendo proprie le

⁶⁰ Per una disamina sull'*Octavius* dell'*epistula* si v. F. TUCCILLO, *Editto*, cit., 237 ss.; J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 54 ss.

⁶¹ Propendono per *Caius Octavius*: M. Tullii Ciceronis Opera quae supersunt omnia ac deperditorum fragmenta, III.1, per i tipi di Orellii, ed. J.C. Orellius, Turici, 1831, 381; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel 'Quod metus causa gestum erit'*, Greifswald, 1932, 126 s.; E. GENZMER, *Talion*, cit., 135 s.; O. BEHREND, *Der assessor zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft*, in ZSS, 86, 1969, 202, nt. 47; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, cit., 177; F. HINARD, *Les Proscriptions de la Rome républicaine*, Rome, 1985, 194 s.; W.V. HARRIS, *Rome in Etruria and Umbria*, Oxford, 1971, 269; N. PALAZZOLO, *L'edictum*, cit., 601, nt. 28 [= IVS E TEXNE, I, cit., 274, nt. 28]; R. STEWART, *Catiline and the Crisis of 63-60 B.C.: the Italian Perspective*, in *Latomus*, 54, 1995, 75; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1996, 237, nt. 40.

⁶² M. Tullii Ciceronis Epistulae, III. Epistulae ad Quintum fratrem. Epistulae ad M. Brutum. Fragmenta epistularum, per i tipi di Oxonii, Oxford, 1958, 28, nt. 9.

⁶³ M. Tullii Ciceronis Epistolae ad Atticum, Brutum et Quintum fratrem cum ipsius Attici vita, ed. N. Jenson, Venetiis, 1470. Per la lezione C. v. l'edizione teubneriana curata da H. Sjögren, M. Tullii Ciceronis scripta quae mansuerunt omnia, XI. Epistularum ad Quintum fratrem libri tres, Lipsiae, 1914, ad hunc locum. Per le altre edizioni in cui ricorre C. Octavius rinvio a J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines*, cit., 173 e nt. 27-33.

⁶⁴ T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, cit., 179. Si v. anche F. MÜNZER, voce *Octavius*, n. 15, in RE, XVII.2, Stuttgart, 1937, rist. 1971, 1806 s.; M. VARVARO, *La formula Octaviana*, cit., 181, è dell'avviso che l'Ottavio menzionato in Cic. ad Q. fr. 1.1.7.21 e in 1.2.7 sia il pretore del 61 a.C. Per J. GAULHOFER, *Metus*, cit., 60, l'*Octavius* di Cic. ad Q. fr. 1.1.21 sarebbe C. Octavius, padre di Augusto e non coinciderebbe con il creatore della *formula Octaviana*.

⁶⁵ *Cicero: Epistulae ad Quintum fratrem et M. Brutum*, Cambridge, 1980, rist. 2004, 153.

argomentazioni di Schulz⁶⁶, osserva che l'avverbio *nuper*⁶⁷, con il significato di 'poco fa', 'neulich'⁶⁸, 'lately'⁶⁹ sarebbe utilizzato da Cicerone per raccontare eventi vicini agli anni in cui scriveva la lettera in questione⁷⁰, e cioè tra la fine del 60 e l'inizio del 59 a.C. Per Shackleton Bailey difficilmente l'oratore avrebbe usato *nuper* per riferirsi a fatti avvenuti più di venti anni prima⁷¹, in quanto

⁶⁶ FR. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 216 ss.

⁶⁷ In A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce *Nuper*, in *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*³, II, Heidelberg, 1954, 190, l'avverbio è tradotto con «neulich, vor kurzem; vor Zeiten»; A. ERNOUT, A. MEILLET, voce *Nuper*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1967, 452, individuano diversi significati: «récemment, nouvellement, ancien, usuel, classique»; per C.T. LEWIS, C. SHORT, voce *Nuper*, in *A Latin Dictionary*, Oxford, 1962, 1229, l'avverbio esprime qualcosa che accade «newly, lately, recently, not long ago, a little while ago, just now». Le ricorrenze dell'avverbio *nuper* nelle fonti letterarie nelle sue diverse accezioni sono affrontate da P.B. HARVEY, *Cicero epistulae ad Quintum fratrem et ad Brutum: content and comment*, in *Athenaeum*, 78, 1990, 327 s. Sull'uso di *nuper* in Cicerone si v. H. MERGUET, voce *Nuper*, in *Lexikon zu den Reden des Cicero mit Angabe sämtlicher Stellen*, III, Hildesheim, 1962, 405 s.

⁶⁸ FR. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 218.

⁶⁹ W. GLYNN WILLIAMS, *Cicero. The letters to his friends*, III, London, 1960, 409.

⁷⁰ In tal senso potrebbe leggersi l'uso di *nuper* anche nel prosieguo dell'*epistula* al fratello Quinto, a proposito dell'abolizione dei dazi di transito a Roma e in Italia, proposta nel 60 a.C. da Q. Metello Nepote. L'oratore, relativamente a quell'episodio cronologicamente vicino al periodo in cui scriveva, racconta che, recentemente (*nuper*) i cittadini si erano lamentati degli abusi perpetuati dai portorii (Cic. *ad Q. fr.* 1.1.11.33: *Illa causa publicanorum quantam acerbitatem adferat sociis intelleximus ex civibus qui nuper in portoriis Italiae tollendis non tam de portorio quam de non nullis iniuriis portutorum querebantur*). Così anche relativamente al caso di Annea, donna assai facoltosa, la quale, *nuper*, dopo la pretura di Verre, in quanto *censa non erat*, istituì erede nel testamento la sua unica figlia (Cic. *in Verr.* II 1.43.111: *Nam post te praetorem multi in isdem causis fuerunt; in his nuper Annaea de multorum propinquorum sententia, pecuniosa mulier, quod censa non erat, testamento fecit heredem filiam*).

⁷¹ *Cicero*, cit., 153: «*nuper* of something which happened twenty years previously».

sarebbe venuto meno qualsiasi collegamento diretto ed immediato tra gli avvenimenti raccontati e l'*epistula*.

Shackleton Bailey⁷² richiama, inoltre, una testimonianza di Svetonio⁷³ relativa a un *C. Octavius* che, dopo la pretura, ebbe il governo della provincia macedonica, esercitando la carica *non minore iustitia quam fortitudine*⁷⁴. L'uso di questi aggettivi per qualificare la condotta e l'operato di *C. Octavius*, rappresenterebbe un indizio a favore dell'identificazione dell'Ottavio dell'*epistula ad Quintum fratrem* (1.1.7.21), con il padre di Ottaviano, «paziente nell'ascoltare le richieste e le argomentazioni delle parti, ma famoso per la sua severità»⁷⁵.

Svet. *Aug.* 3.3: *Provinciae praefuit non minore iustitia quam fortitudine; namque Bessis ac Thracibus magno proelio fuis, ita socios tractavit, ut epistulae M. Ciceronis exstent quibus Quintum fratrem eodem tempore parum secunda fama proconsulatum Asiae administrantem, hortatur et monet, imitetur in promerendis sociis vicinum suum Octavium.*

All'identificazione di *Octavius* con *Caius Octavius*, padre di Ottaviano Augusto, tuttavia mi sembra ostino diversi elementi: *in primis* l'avverbio *nuper*, che in non poche ricorrenze, anche ciceroniane, è inteso in senso più ampio a indicare «parecchio tempo fa, una volta»⁷⁶ e dunque anche episodi piuttosto risalenti;

⁷² *Cicero*, cit., 153.

⁷³ Svet. *Aug.* 3.1-2: *C. Octavius pater a principio aetatis et re et ex estimatione magna fuit, ut equidem mirer hunc quoque a nonnullis argentarium atque etiam inter divisores operasque campestres proditum; amplius enim innutritus opibus, honores et adeptus est facile et egregie administravit. 2. Ex praetura Macedoniam sortitus, fugitivos, residuam Spartaci et Catilinae manum, Thurinum agrum tenentis, in itinere delevit, negotio sibi in senatu extra ordinem dato.*

⁷⁴ Svet. *Aug.* 3.3.

⁷⁵ Così G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, cit., 177.

⁷⁶ Nella prima lettera al fratello Quinto (*ad Q. fr.* 1.1.11.33: [...] *non esse autem leniores in exigendis vectigalibus Graecos quam nostros publicanos hinc intelligi potest, quod*

inoltre, il lasso di tempo sin troppo lungo, quasi vent'anni, tra il provvedimento di restituzione di quanto sottratto indebitamente dai *Sullani* e la fine della dittatura sillana. In un periodo fortemente dilaniato dai torbidi sociali non si spiega come mai un pretore, salito in carica nel 61 a.C., si fosse preoccupato di costringere i *Sullani homines a reddere*⁷⁷ il maltolto, provvedimento evidentemente

Caunii nuper omnesque ex insulis, quae erant a Sulla Rhodiis attributae, confugerunt ad senatum, nobis ut potius vectigal quam Rhodiis penderent) l'oratore utilizza *nuper* per un caso lontano più di vent'anni rispetto al momento in cui scriveva (L. AGNÈS, *Marco Tullio Cicerone. Epistole al fratello Quinto*, per i tipi di Mondadori, Milano, 1979, 182, traduce *nuper* con «recentemente»; W. GLYNN WILLIAMS, *Cicero. The letters to his friends*, III, cit., 425, con «quite recently»). E ancora nella sua operetta in *Q. Caecilium divinatio* (20.67: *nuper Cn. Domitium scimus M. Silano diem dixisse propter unius hominis Aegritomari, paterni amici atque hospitii, iniurias*) Cicerone ricorre all'avverbio *nuper* a proposito dell'accusa che Gneo Domizio Enobarbo mosse al tribuno M. Silano per le offese fatte a un amico e ospite del padre. L'episodio risale a oltre un trentennio prima, intorno al 104 a.C., rispetto alla stesura della *Divinatio* (70 a.C.). Narrando dell'attacco al santuario di Era a Samo, messo in atto dall'imputato nel corso del suo incarico di legato in Cilicia presso Dolabella (80 a.C.), Cicerone (*in Verr. II* 1.19.50) scrive che quadri e statue portate via da Samo, li aveva visti a casa di Verre, *nuper (apud istum in aedibus nuper)* quando vi si era recato per apporvi i sigilli (*cum obsignandi gratia venissem*). Evidentemente anche in questo caso l'avverbio è relativo a un episodio piuttosto risalente rispetto alla data dell'orazione. Si v. inoltre Cic. *in Verr. II* 1.33.85 (*Nuper M. Aurelio Scauro postulante, quod is Ephesi se quaestorem vi prohibitum esse dicebat quo minus e fano Dianae servum suum, qui in illud asylum confugisset, abduceret, Pericles Ephesius, homo nobilissimus, Romam evocatus est, quod auctor illius iniuriae fuisse arguebatur [...]*); Cic. *in Verr. II* 2.49.122 (*Halaesini pro multis ac magnis suis maiorumque suorum in rem publicam nostram meritis atque beneficiis suo iure nuper, L. Licinio Q. Mucio consulibus, cum haberent inter se controversias de senatu cooptando, leges ab senatu nostro petiverunt*); Cic. *in Verr. II* 3.78.182 (a proposito di Ortensio *nuper [...]* *quaestor fuisti*). E ancor più significativa mi sembra l'interrogativa dell'oratore a proposito di Gaio Claudio Pulcro, edile nel 99 a.C.: *Nuper homines nobilis eius modi, indices, sed quid dico 'nuper'? Immo vero modo ac plane paulo ante vidimus* (Cic. *in Verr. II* 4.3.6).

⁷⁷ Il verbo *reddere* indicherebbe, secondo M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 144, nt. 173, la clausola restitutiva che doveva essere contenuta nella *formula Octaviana* come nell'*actio quod metus causa*.

sminuito della sua forza coercitiva decorsi tanti anni dalle appropriazioni indebite⁷⁸. Si aggiunga che il 61 a.C. sarebbe «much too late»⁷⁹ per il primo uso della *formula Octaviana*. Ancor più problematico è interpretare questo comportamento di *Octavius* come esempio di *severitas*.

Dunque, l'identificazione di *Octavius*, salvo qualche *Octavius* che non conosciamo, si pone tra *Cn. Octavius*⁸⁰, *praetor* nel

⁷⁸ Per J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines*, cit., 175, «61 v. Chr. Sei zu spät für ein Vorgehen gegen *Sullani homines*». Tuttavia la studiosa esclude che possa determinarsi con sicurezza che *Octavius* fosse *Cn. Octavius* («Vornamens [Cn.] nicht mit Sicherheit behaupten kann» [p. 180]), lasciando aperta l'ipotesi che fosse *C. Octavius* («*C. Octavius* nicht ausgeschlossen werden kann» [p. 181]), anche alla luce del riferimento in entrambe le *epistulae ad Q. fratrem* (1.2.2.7 e 1.1.7.21) alla stessa persona *C. Octavius* («ein Indiz dafür sein, dass in beiden Texten dieselbe Person, nämlich *C. Octavius*, angesprochen ist» [p. 179]).

⁷⁹ Così R.A. BAUMAN, *The Rape*, cit., 555. Cfr. in tal senso A.W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968, rist. 1972, 130, nt. 2; A. METRO, *La lex Cornelia*, cit., 521; M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 144 s.; J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines*, cit., 174 s.

⁸⁰ Si v. già Io.G. HEINECCIUS, *Operum ad universam iuris prudentiam, philosophiam et litteras humaniores pertinentium, tomus XI. Opuscula postuma*, Neapoli, 1777, 224, nt. i, il quale dichiara *Peditto quod quisque iuris «satis antiquum»* riferendolo a *Cn. Octavius*, secondo una testimonianza di Cicerone (*ad Q. fr.* 1.1.7.21). Cfr. anche E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, 1927, rist. an. Roma, 1964, 151 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 386, nt. 1; F. MÜNZER, voce *Octavius*, cit., n. 22, 1818, n. 26, 1819; J. CARCOPINO, *Les secrets de la correspondance de Cicéron*, II, Paris, 1947, 200, nt. 1; J.M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., 15 s.; ID., *The Growth-Pattern*, cit., 346; C. VITALI, *Marco Tullio Cicerone, Lettere al fratello Quinto e a M.G. Bruto*, per i tipi di Zanichelli, Bologna, 1968, nell'apparato di note a p. 162, nt. 14; L.-A. CONSTANS, *Cicéron. Correspondance*⁶, I, per i tipi di Les Belles Lettres, Paris, 1969, 208 e 288 s.; P.A. BRUNT, *Italian Manpower 225 B.C. – A.D. 14*, Oxford, 1971, 554; B. KUPISCH, *In integrum restitutio*, cit., 158, 166 s.; A.W. LINTOTT, *Violence*, cit., 129 s.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio*, cit., 292 s., nt. 22; B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 166, nt. 222; R.A. BAUMAN, *The Rape*, cit., 556; B.W. FRIER, *Urban Praetors*, cit., 222, 230, 232; P.B. HARVEY, *Cicero epistulae ad Quintum fratrem et ad Brutum: Content and Comment*, in *Athenaeum*, 78, 1990, 327; R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, III, cit., 69; T.C. BRENNAN, *The Praetorship in*

79 a.C.⁸¹ e *L. Octavius*⁸², pretore nel 78 a.C. (la data rappresenta in realtà l'unico elemento utile ai nostri fini)⁸³.

Nell'alternativa tra *Cn. Octavius* e *L. Octavius* alcuni elementi mi sembra possano deporre a favore di *Cn. Octavius*⁸⁴: il richiamo esplicito nell'*epistula ad Q. fratrem* a un *Octavius* con un *praenomen* C; l'ipotesi che la N di *Cnaeus* sia stata scritta con un inchiostro differente e dunque non chiaramente leggibile⁸⁵; il *consensus codicum* sul *praenomen* *Cn.*⁸⁶. A questi argomenti di ordine formale aggiungerei anche alcune piccole notazioni: la funzione istituzionale di *praetor urbanus* di *Cn. Octavius*, confermata dalla

the Roman Republic, II, Oxford, 2000, 444; A.R. MARTÍN MINGUJÓN, *Fórmulas reconstruidas y acciones in factum conceptae*, Madrid, 2001, 29 s., nt. 77; J.M. COMA FORT, *Sobre los límites*, cit., 280; M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 947 s.; J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines*, cit., 176 ss.

⁸¹ Si v. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, cit., 83; III, Atlanta, 1986, 44.

⁸² A.F. RUDORFF, *Ueber die Octavianische Formel*, cit., 149 s.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁶, Paris, 1918, 426, nt. 1; ID., *La date de la loi Aebutia*, in *ZSS*, 14, 1893, 31; M. KASER, *Ius honorarium und ius civile*, in *ZSS*, 100, 1984, 66 e nt. 307; J.M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., 15 s.; T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, cit., 86; T.C. BRENNAN, *The Praetorship in the Roman Republic*, II, cit., 818, nt. 15, ipotizza che la *formula Octaviana* sia stata introdotta dal pretore *L. Octavius*, pretore prima del 75; E. CALORE, *Actio*, cit., 14 s. e nt. 13; C.A. BÖTTCHER, *História da magistratura o pretor no Direito Romano*, São Paulo, 2011, 191, nt. 600.

⁸³ Anche R.A. BAUMAN, *The Rape*, cit., 556, ritiene quanto a *L. Octavius* che «his only qualification is that his praetorship is in the right time zone».

⁸⁴ Avevo già espresso in *Editto*, cit., 247 ss., la mia inclinazione a credere che il pretore autore della formula fosse *Cn. Octavius*.

⁸⁵ F. ANTOINE, *M. Tulli Ciceronis Ad Quintum fratrem. Epistola prima*, per i tipi di Klincksieck, Paris, 1888, 41.

⁸⁶ Nel *codex Medicus* (M. 49.18), in quello *Ambrosianus* (E 14), *Parisinus* (G 16248), *Laurentianus* (N 49), *Palatinus Lat.* (V 1510), *Palatinus Lat.* (R 8538). Cfr. L.-A. CONSTANS, in *Cicéron. Correspondance*⁶, I, cit., 208, nt. 21.

presenza di un *primus lictor*⁸⁷ come emerge dalla lettura dell'*epistula ciceroniana*⁸⁸ (*Cn. Octavius incundissimus fuit, apud quem primus*⁸⁹ *lictor*

⁸⁷ Al pretore spettavano, almeno fino ad un plebiscito di data incerta, la *lex Plaetoria de iurisdictione*, sei littori, poi ridotti a due. Per il testo della *lex* si v. *FIRA*, I. *Leges*, Florentiae, 1968, n. 3; *Roman Statutes*, II, ed. by M.H. Crawford, London, 1996, 731 s. In particolare sui littori che accompagnavano il *praetor* si v. *Censor. de die nat.* 24.7-11 (*Sed postea M. Plaetorius tribunus plebiscitum tulit, in quo scriptum est «praetor urbanus, qui nunc est quique posthac fuat, duo lictores apud se habeto iusque ad supremam – ad solem occasum usque – inter cives dicit»*); *Plaut. Epid.* 1.1.27-28 (TH. *At unum a praetura tua, Epidice, abest. EP. Quidnam? TH. Scies: lictores duo, duo ulmei fasces virgarum*); *Iuv.* 3.126-130 (*Quod porro officium, ne nobis blandiar, aut quod pauperis hic meritum, si curet nocte togatus currere, cum praetor lictorem impellat et ire praecipitem iubeat dudum vigilantibus orbis, ne prior Albinam et Modiam collega salutet?*). *Val. Max.* 1.1.9: *Qui praetor a patre suo collegii Saliorum magistro iussus sex lictoribus praecedentibus arma ancilia tulit, quamvis vacationem huius officii honoris beneficio haberet*. Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, rist. Hildesheim, 1990, 245 s.; E. SAMTER, voce *Fasces*, in *RE*, VI, Stuttgart, 1909, 2003; B. ALBANESE, *Suprema e sol occasus in XII Tab. 1,9 e nella lex Plaetoria de praetore urbano*, in *AUPA*, 43, 1995, 108 ss. [= *Brevi studi di diritto romano II*, in *Scritti giuridici*, III, Palermo, 2006, 349 ss.].

⁸⁸ I littori erano coloro che *qui magistratibus adparent*, i componenti della scorta dei magistrati maggiori, *cum fascibus bini* (cfr. *Liv.* 2.7.7; *Cic. leg. agr.* II 34.93). Si v. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, I, Leipzig, 1887, rist. Graz, 1952, 355 s., 374 ss.; B. KÜBLER, voce, *Lictor*, in *RE*, XXV, Stuttgart, 1926, 507 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I, Napoli, 1972, 430 e nt. 84; F. CANCELLI, voce *Littori*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 984 ss.; K.-H. VOGEL, *Imperium und fasces*, in *ZSS*, 67, 1950, 62 ss.; E.S. STAVELEY, *The fasces and imperium mains*, in *Historia*, 12, 1963, 458 ss.; B. GLADIGOW, *Die sakralen Funktionen der Liktoren. Zum Problem von institutioneller Macht und sakraler Präsentation*, in *ANRW*, I.2, Berlin, 1972, 295 ss.; N. PURCELL, *The 'Apparitores': a Study in social Mobility*, in *PBRJ*, 38, 1983, 152 ss.; W. KUNKEL, R. WITTMAN, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik*, München, 1995, 119 ss., un riferimento a *Cic. ad Q. fr.* 1.1.21 a p. 120, nt. 65; C. MASI DORIA, *Spretum imperium. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli, 2000, 220 con fonti in nt. 20, e 233 s.; E. TASSI SCANDONE, *Verghe, scuri e fasci littori in Etruria. Contributo allo studio degli insigna imperii*, Firenze, 2001, in part. 147 s.; T.C. BRENNAN, *The Praetorship in the Roman Republic*, II, cit., 663 ss.; H. BECK, *Consular power and the Roman constitution: the case of the imperium reconsidered*, in

Consuls and Res Publica: Holding High Office in the Roman Republic, Cambridge-New York, 2011, 73 e nt. 66; J.-M. DAVID, *La baguette et la voix*, in *Les sons du pouvoir dans les mondes anciens. Actes du colloque internationale* (Université de La Rochelle 25-27 novembre 2010), Besançon, 2012, 313 ss.; ID., *Au service de l'honneur. Les appariteurs de magistrats romains*, Paris, 2019, 321 ss.; da ultima P. SANTINI, *Storie del littorio: l'anticistica del ventennio di fronte al simbolo del fascismo* (Archeologia, storiografia, diritto romano), in *Poteri pubblici, conflitti istituzionali e cultura politica dopo Silla*, II, a cura di P. Buongiorno e M.T. Schettino, Macerata, 2023, 495 ss., che si è soffermata sugli antichi *fascēs littorī* e sulla loro valenza performativa durante il regime fascista. Sul ruolo del *lictor curiatus* si v. G. ARICÒ ANSELMI, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, 2012, 262 s. Sul potere di *vocare*, discendente dall'*imperium* e manifestantesi nel littore, ausiliario appunto del magistrato *cum imperio* si v. C. CASCIONE, *Appunti su pressio e vocatio nei rapporti tra potestates romane*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz*, I, Varsovie, 2000, 163 s. [= *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli, 2010, 110 s.].

⁸⁹ In *epistolas M. Tullii Ciceronis ad Atticum, Brutum, et Q. fratrem, emendationes ac suspensiones. Index rerum & verborum*, per i tipi apud Io. Bapt. Somaschum Papiensem, ed. L. Malaspina, Venetij, 1563, 281: *malim primum*; *M. Tullii Ciceronis Opera quae supersunt omnia ac deperditorum fragmenta*, III.1, cit., 381; in tal senso anche le edizioni: Oxoniense, W.S. WATT, *M. Tulli Ciceronis Epistulae*, III, cit., 28; Loeb, *Cicero: Epistulae ad Quintum fratrem et M. Brutum*, cit., 410; Zanichelli, C. VITALI, *Marco Tullio Cicerone, Lettere al fratello Quinto e a M.G. Bruto*, Bologna, 1968, 16; Les Belles Lettres, L.-A. CONSTANS, in *Cicéron. Correspondance*, I, cit., 208, T.G. TUCKER, *Emendations in Cicero's epistles*, in *Hermathena*, 15, 1909, 297, si chiede se la lettura *privus licitor* in luogo di *primus* potesse avere un qualche senso («Would *privus licitor* have any likely sense?»). W.G. PLUYGERS, *Ἀπομνημονεύματα Guilielmi Georgii Pluygers ad Ciceronis orationes*, in *Mnemosyne*, 9, 1881, 120, «*correxit ex perpetua dicendi consuetudine proximus*» in luogo di *primus*. J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines*, cit., 180, che si è occupata approfonditamente dell'*epistula* 1.1.7.21, ha sminuito l'importanza delle parole di Cicerone sottolineando che l'oratore aveva utilizzato *primus* col significato di *proximus* «oder *primus* stelle bloß eine Abkürzung des üblichen *proximus* dar». Secondo la studiosa la versione originale in queste righe potrebbe aver avuto delle macchie o abrasioni («Flecks oder Abriebs») rendendo il testo difficile da leggere (p. 180). Sul *proximus licitor* cfr. Cic. *div.* 1.28.59 ([...] *C. Marium cum fascibus laureatis quaerere ex te quid tristis esses, cumque tu te patria vi pulsum esse dixisses, prehendisse eum dextram tuam et bono animo te iussisse esse lictorique proximo tradidisse ut te in monumentum suum deduceret, et*

*quievit*⁹⁰): la posizione del *licitor* condizionava, infatti, l'individuazione del pretore come urbano o meno. Inoltre l'amicizia tra Cicerone e il pretore *Cn. Octavius, vicinum suum*⁹¹, *suum familiarem*, potrebbe giustificare il ricordo, ancora vivo nel 60 a.C.⁹²,

dixisse in eo tibi salutem fore); in *Verr.* II 5.54.142 (*Haec cum maxime loqueretur, sex lictores circumstant valentissimi et ad pulsandos verberandosque homines exercitatissimi, caedunt acerrime virgis; denique proximus licitor, de quo iam saepe dixi, Sextius, converso baculo oculos misero tundere vehementissime coepit*); *Liv.* 24.44.10 (*Cum obviam filius progrediretur lictoresque verecundia maiestatis eius taciti antirent, praeter undecim fascies equo praevectus senex, ut consul animadvertere proximum lictorem iussit et is ut descenderet ex equo inclamavit, tum demum desiliens 'experiri' inquit 'volui, fili [...]'*); su cui W. WEISSENBORN, H.J. MÜLLER, *Titi Livi Ab urbe condita*⁴, V, Berlin, 1880, 99); *Sall. Jug.* 12.3 (*Sed Hiempsal in oppido Thirmida forte eius domo utebatur, qui proximus licitor Iugurthae carus acceptusque ei semper fuerat*). Il *proximus licitor* era colui che nei ranghi veniva «nach der erste» (così W. WEISSENBORN, H.J. MÜLLER, *Titi Livi*, V, cit., 99).

⁹⁰ Cic. *ad Q. fr.* 1.1.7.21.

⁹¹ Può darsi anche che Svetonio si riferisca non già all'*epistula ad Q. fr.* 1.1.7.21, ma alla lettera scritta da Cicerone circa ad un anno di distanza dalla precedente, relativa al proconsolato macedonico di C. Ottavio e alla propretura siciliana di C. Vergilio (1.2.2.7: *Et mediocri me dolore putas affici, cum audiam, qua sit existimatione C. Vergilius, qua tuus vicinus C. Octavius? Nam, si te interioribus vicinis tuis, Ciliciensi et Syriaco, anteponis, valde magnum facis! atque is dolor est, quod, cum ii, quos nominavi, te innocentia non vincant, vincunt tamen artificio benevolentiae colligendae, qui neque Cyrum Xenophontis neque Agesilaum noverint, quorum regum summo in imperio nemo umquam verbum ullum asperius audivit*). Si v. in tal senso M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 145, nt. 175; J. HAUBENHOFER, *Cogebantur Sullani homines*, cit., 178 s.

⁹² In tal senso cfr. R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, III, cit., 68; C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giurisdicente nella tarda repubblica, tra il cd. editto di ritorsione e l'abrogatio iurisdictionis*, in *Römische Jurisprudenz. Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für D. Liebs zum 75. Geburtstag*, hrsg. von K. Muscheler, Berlin, 2011, 425 [= *Poteri, magistrature, processi nell'esperienza costituzionale romana*, Napoli, 2015, 60 s.]; M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 948, parla di un anno 'próximo' alla dittatura di Silla.

dopo diciannove anni dall'esercizio della carica giurisdizionale, di un uomo *optimus atque humanissimus*⁹³.

3. Considerazioni conclusive

Le riflessioni esposte in queste pagine intendono proporre solo alcune suggestioni che si inseriscono nel solco di un vivace e consolidato interesse della storiografia sulla *formula Octaviana*. La rilettura dei due noti testi ciceroniani è funzionale all'inquadramento storico di questo strumento, introdotto in una particolare congerie politica, la crisi della repubblica, connotata da una degenerazione dei costumi, da forme di abuso di potere da parte dei magistrati⁹⁴, da lotte intestine. In questo contesto solo un pretore avrebbe potuto provare ad arginare il fenomeno 'violenza' che dilagava a Roma. Sarebbe stato infatti proprio un *praetor* nel 79 a.C., un tale *Cn. Octavius*, a introdurre rimedi «nell'interesse della pacificazione dello Stato dopo la guerra civile»⁹⁵. In quella temperie, oltre a un pretore antisillano, appunto *Cn. Octavius*, impegnato a far *reddere* ciò di cui i *Sullani homines* si erano appropriati *per vim et metum* a seguito delle proscrizioni, viene eletto un console, Marco Emilio Lepido⁹⁶, il cui distacco dal *dictator legibus scribundis et rei publicae*

⁹³ Cic. *de fin.* 2.28.93: *Illum mallem lebares quo optimum atque humanissimum virum Cn. Octavium Marci filium, familiarem meum [...]*.

⁹⁴ Sull'abuso di giurisdizione rinvio a F. TUCCILLO, *Uso e abusi dell'editto pretorio dopo Silla*, in *Index*, 50, 2022, 411 ss.

⁹⁵ B. KUPISCH, *Considerazioni*, cit., 140. Lo studioso sottolinea come il pretore competente, «saggio e prudente» si limitava a imporre la restituzione dei beni acquistati in seguito alle prescrizioni.

⁹⁶ Sulla figura e il programma sovversivo di Marco Emilio Lepido si v. per tutti L. LABRUNA, *Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, Napoli, 2000, *passim* e C. CASCIONE, *Ventique anni di storiografia sul 'Console sovversivo'*, in *Marco Emilio Lepido*, cit., 162 s.; V. ARENA, *The consulship of 78 BC. Catulus versus Lepidus: an optimates versus populares affair*, in *Consuls and Res Publica*, ed. by H. Beck, A. Duplá, M. Jehne and F. Pina Polo, Cambridge, 2011, 299 ss.

constituendae è segnato dall'accusa (agli inizi del 79 a.C.) di prevaricazioni e abusi compiuti ai danni dei provinciali durante la sua propretura in Sicilia⁹⁷. Anch'egli è intenzionato a *rescindere* gli *acta* di Silla. Questo elemento non va sottovalutato, si potrebbe anzi immaginare un legame tra *Cn. Octavius* e Marco Emilio Lepido, entrambi impegnati ad annullare gli illeciti commessi da Silla e dai suoi seguaci.

La *formula Octaviana*, volta a tutelare figure di violenza ancora non ben definite – derivanti dall'abuso di poteri connessi con l'esercizio di cariche e funzioni pubbliche (penso proprio ai *Sullani homines*) –, e ad arginare tutte le possibili gradazioni e forme di *vis*, si potrebbe dunque collocare nel 79 a.C.⁹⁸. Questa datazione è del resto ben collegabile anche con l'emanazione della *lex Plautia de vi* del 78 a.C. tesa alla repressione del *crimen vis*. La condotta sanzionata dalla *formula* poteva sostanziarsi «nell'induzione ai danni della vittima [...] nel ricorso ad atti di coercizione diretta e di personale impossessamento»⁹⁹. L'intento del provvedimento pretorio non sarebbe stato quello della punizione della violenza nelle sue espressioni di «Erpresserische Zwang [...] physische Gewalt und Drohung»¹⁰⁰, quanto piuttosto l'eliminazione del danno subito dalla vittima.

⁹⁷ Cfr. in tal senso C. MASI DORIA, *A proposito di limiti*, cit., 425 [= *Poteri*, cit., 60 s.], la quale sottolinea come, oltre ad un pretore antisillano, *Cn. Octavius*, in un periodo ancora caratterizzato dal potere dittatoriale di Silla, anche il console Marco Emilio Lepido fosse intenzionato a rescindere gli *acta* di Silla.

⁹⁸ R.A. BAUMAN, *The Rape*, cit., 556, crede che nel 79 a.C. fosse stato adottato un rimedio generale contro i *Sullani homines*, rimedio poi concretatosi nella specifica azione *per vim et metum*. M. VARVARO, *La formula Octaviana*, cit., 182, ipotizza che tale formula avesse un precedente in un'azione penale con condanna *in octoplum* promessa nel proprio editto da Verre per sanzionare comportamenti illeciti dei *decumani*, azione già esistente nel 71 a.C. se non prima.

⁹⁹ C. VENTURINI, *Metus*, cit., 740.

¹⁰⁰ In tal senso B. KUPISCH, *In integrum restitutio*, cit., 196 ss.

Il pretore *Cn. Octavius* sarebbe intervenuto quindi con due diversi provvedimenti, la *formula Octaviana* e l'editto *quod quisque iuris*, per regolare e tutelare forme di fragilità del volere, fragilità determinate dalla violenza, fisica e morale – tradottasi in ingiuste espoliazioni e tacite minacce da parte di appaltatori come Apronio o di partigiani di Silla –, e forme di abuso di giurisdizione commesse con l'emanazione di *decreta iniusta* da parte dei *praetores*.

L'*edictum*, cui l'*epistula ad Quintum fratrem* di Cicerone sembra far implicito riferimento¹⁰¹, sempre nell'ottica di una tutela contro comportamenti iniqui, prevedeva che i magistrati che con decreti contrari ai loro stessi editti avessero estorto beni o denaro dovessero subire il procedimento *eodem iure* e cioè l'applicazione di quello stesso decreto iniquo teso alla restituzione di quanto sottratto *per vim et metum*.

Si tratta infatti di provvedimenti, espressione di una «ideologia repressiva della violenza»¹⁰², giustificati dal particolare momento politico, quello delle guerre civili, delle lotte tra fazioni, dello stravolgimento della *libertas* repubblicana, dell'uso della violenza nell'esercizio di cariche e funzioni pubbliche nei confronti di soggetti incapaci o impossibilitati ad opporsi a tali comportamenti.

E non è un caso che ne parli Cicerone, il quale vedeva la violenza nelle sue diverse manifestazioni con disappunto, idealizzando invece un clima pacifico attraverso una più rigida applicazione del diritto: *vim volumus exstingui, ius valeat necesse est, id est iudicia, quibus omne ius continetur*¹⁰³.

¹⁰¹ 1.1.7.21.

¹⁰² L. LABRUNA, *Vim*, cit., 9.

¹⁰³ Cic. *pro Sext.* 42.91.

ABSTRACT

Propongo solo alcune suggestioni che si inseriscono in un ambito dibattuto in storiografia riguardo la *formula Octaviana*, attraverso la rilettura di due noti testi ciceroniani funzionali all'inquadramento storico di questo strumento, introdotto in una particolare congerie politica, la crisi della repubblica. In questo contesto si suppone che il pretore Cn. Ottavio, con due diversi provvedimenti – la *formula Octaviana* e l'editto *quod quisque iuris* – abbia introdotto strumenti volti a regolare e tutelare forme di fragilità causate dalla violenza, sia fisica che morale: espulsioni ingiuste e minacce tacite da parte di appaltatori come Apronio o dei partigiani di Silla, nonché abusi di giurisdizione commessi mediante l'emanazione di *decreta iniusta* da parte dei pretori.

I propose only a few suggestions that are part of a heated and well-established interest in historiography on the Octavian *formula* through the rereading of two well-known Ciceronian texts functional to the historical framing of this instrument. During the crisis of the republic it is assumed that the praetor *Cn. Octavius* introduced two different measures, the *formula Octaviana* and the edict *quod quisque iuris* to regulate and protect forms of fragility caused by violence, both physical and moral - resulting in unjust expulsions and tacit threats by contractors such as Apronius or partisans of Sulla - and forms of abuse of jurisdiction committed by the issuing of *decreta iniusta* by the *praetores*.

PAROLE CHIAVE

Vis – Metus – Formula Octaviana – Octavius – Editto quod quisque iuris

Vis – Metus – Formula Octaviana – Octavius – Edict quod quisque iuris

FABIANA TUCCILLO

fabiana.tuccillo@unina.it

Violenze e libertà negoziale nel mondo romano: testimonianze dalle province

SOMMARIO: 1. Note introduttive – 2. Un caso di violenze dalla provincia d'Asia – 3. P. Rein. 7: una testimonianza dall'Egitto tolemaico – 4. Testimonianze per l'Egitto durante il principato romano – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Note introduttive*

Nella prospettiva di una rivalutazione delle categorie tradizionali dei vizi della volontà, muovendo dalle esperienze giuridiche del mondo antico e fino a giungere alle elaborazioni moderne, non si può prescindere, ad avviso di chi scrive, da una prospettiva che interessi i documenti della prassi del mondo antico, in particolare dal contesto delle province romane¹.

La copiosa documentazione epigrafica e papiracea proveniente dai territori provinciali spesso consente di rileggere, alla luce di testimonianze contrattuali² o di atti processuali³, l'esperienza

¹ Imprescindibile riferimento per chi si avvicini allo studio del diritto romano da questa prospettiva è R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri: 332 B.C.-640 A.D.*², Warszawa, 1955, 1 ss., in part. 312 ss. su profili relativi alla volontà in ambito negoziale.

² O. MONTEVECCHI, *La papiriologia. Ristampa riveduta e corretta con addenda*, Milano, 1998, 194 ss.

³ Mi riferisco fra gli altri all'archivio di Babatha edito da N. LEWIS, *The documents from the Bar Kokhba period in the Cave of Letters. Greek Papyri. Aramaic and nabatean signatures*, ed. by Y. Yadin and C. Greenfield, Jerusalem, 1989, e la recente

giuridica romana nella sua globalità e sotto molteplici e particolari angolature.

Segnatamente, sotto il profilo della volontà normativa, le testimonianze di impianti contrattuali, talvolta tutt'altro che essenziali, dimostrano come l'attenzione per le *leges contractus*, e le relative rimedialità processuali in caso di inadempimenti, costituissero un comune sentire tra le diverse civiltà mediterranee del mondo antico.

Il tema oggetto di trattazione nel presente contributo riguarda un aspetto alquanto particolare nell'ambito degli equilibri negoziali, e cioè la libera formazione della volontà e le conseguenze relative all'incidenza della violenza morale sui contratti.

Pertanto, alcune considerazioni preliminari su testimonianze emergenti dalle fonti giuridiche epigrafiche e papiracee per il mondo provinciale e relative a violenze, quali patologie della volontà negoziale e dunque del suo libero formarsi, saranno

edizione di D. HARTMAN, *Archivio di Babatha. Testi greci e Ketubbah*, I, Brescia, 2016, nonché ai più recenti papiri del Medio Eufrate editi da D. FEISSEL, J. GASCOU, *Documents d'archives romains inédits du moyen Euphrate (III^e s. après J.-C.)*. I. *Les pétitions* (P. Euphr. 1 à 5), in *Journal des Savants*, 1995, 65-119; D. FEISSEL, J. GASCOU, J. TEIXIDOR, *Documents d'archives romains inédits du moyen Euphrate (III^e s. après J.-C.)*. II. *Les actes de vente-achat* (P. Euphr. 6 à 10), in *Journal des Savants*, 1997, 3-57; D. FEISSEL, J. GASCOU, *Documents d'archives romains inédits du Moyen Euphrate (III^e s. après J.-C.)*. III. *Actes diverses et lettres* (P. Euphr. 11 à 17), in *Journal des Savants*, 2000, 157 ss.; F. NASTI, *Un nuovo documento dalla Siria sulle competenze di governatori e procuratori provinciali in tema di interdetti*, in *Index*, 21, 1993, 365 ss.; su P. Euphr. 2, v. G.D. MEROLA, *Sull'amministrazione della giustizia nelle province: il P. Euphr. 2*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di L. Labruna*, V, Napoli, 2007, 3577 ss.; su P. Euphr. 1 e 2 v. anche A. GUASCO, *Gli atti introduttivi del processo civile nelle cognitiones extra ordinem*, Torino, 2017, 122 ss. Su P. Euphr. 3 e 4, cfr. G.D. MEROLA, *P. Euphr 3-4. La giurisdizione in un villaggio della Celesiria*, in *SDHI*, 76, 2010, 385 ss.; EAD., *Per la storia del processo provinciale romano. I papiri del Medio Eufrate*, Napoli, 2012, 1 ss. Su temi di diritto sostanziale si v. di recente T. JOHANNSEN, *Das Privatrecht der Griechischen Urkunden vom Mittleren Euphrat. P.Euphr. 6 – P.Euphr. 15*, München, 2017.

formulate acquisendo semplicemente le notizie che tali fonti offrono – prima di coniugarle ad altre – nella prospettiva di una ricostruzione della categoria di ‘*invitus*’ e delle dinamiche tra ‘voluto’ e ‘non voluto’; tale *modus procedendi* dovrebbe consentire allo studioso del tema di evitare di essere indotto a giungere a conclusioni che potrebbero risultare affette da concettualizzazioni, anche in ordine alle possibili reciproche influenze tra realtà urbana e provinciale ovvero alle proiezioni del diritto romano nelle elaborazioni moderne⁴.

Questa prospettiva potrebbe aprire, quanto meno nei *desiderata* della ricerca, ad una visione che tenga conto non solo delle eleganti ed elaborate costruzioni della giurisprudenza romana, ma anche di tracce di regolamentazione giuridica di atti negoziali e di vicende processuali prive del filtro della riflessione scientifica.

Il confronto tra scienza e prassi giuridica nelle esperienze del mondo antico, proiettate nella dimensione contemporanea, dove spesso si assiste alla formazione di nuove figure contrattuali e di tensioni per la tutela delle parti contrattuali proprio nelle prassi commerciali, potrebbe ampliare lo spazio di riflessione in ordine alla tenuta delle categorie giuridiche moderne in ambito negoziale, ed in particolare quel che concerne il tema della violenza in relazione agli atti negoziali.

Sotto il profilo territoriale, nel presente contributo il campo di indagine sarà limitato a fonti papiracee ed epigrafiche provenienti da due aree geograficamente lontane da Roma: la provincia d’Asia⁵

⁴ Per una ricostruzione delle vicende relative alla violenza morale quale vizio del volere dal diritto romano alle codificazioni moderne si v. in letteratura in particolare G. ZANI, *L’evoluzione storico-dogmatica dell’odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *RISG*, 2, 1927, 335 ss.; A. GIANOLA, *L’integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008, 147 ss.; I. PONTORIERO, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, 2020, 109 ss.

⁵ Cfr. *infra*, § 2.

e l'Egitto⁶, mentre sotto quello temporale ci si muoverà tra il II secolo a.C. ed il II d.C. Da tali testimonianze appare possibile scorgere soluzioni normative ovvero giurisdizionali rivolte in particolare alla tutela della fragilità del volere negoziale contro soprusi ed estorsioni.

2. *Un caso di violenze dalla provincia d'Asia*

Muoverei l'analisi da una fonte epigrafica proveniente dalla provincia d'Asia. È noto a tutti che l'istituzione della provincia d'Asia⁷, corrispondente a parte dei territori dell'odierna Anatolia, era stata preceduta da un evento assai singolare: re Attalo III, sovrano di Pergamo, onde evitare che i Romani trovassero il pretesto per invadere il regno, aveva istituito il popolo romano quale proprio erede universale⁸, con taluni 'legati' di libertà, in senso lato, in favore di alcune città, tra cui proprio Pergamo⁹.

Tuttavia, l'ingresso dei Romani e la successiva istituzione della provincia d'Asia non furono del tutto agevoli; Aristonico fratellastro di Attalo III, infatti, aveva organizzato e guidato una rivolta contro i Romani nel 131 a.C.¹⁰, sedata con non poca fatica

⁶ Cfr. *infra*, § 3.

⁷ Sull'istituzione della provincia d'Asia si v. in part. D. CAMPANILE, *L'infanzia della provincia d'Asia. L'origine dei conventus iuridici nella provincia*, in *Gli Stati territoriali nel mondo antico*, a cura di C. Bearzot, F. Landucci Gattinoni e G. Zecchini, Milano, 2003, 271 ss., nonché E. FONTANI, *Le città della provincia d'Asia e la memoria delle loro origini*, in *Mediterraneo antico*, 5,1, 2002, 447 ss.

⁸ E. MEYER-ZWIFFELHOFFER, *Storia delle province romane*, trad. it. di B. Maj, Bologna, 2010, 25 s., ricorda che l'esempio di Attalo III fu seguito da re Apione di Cirenaica e da Nicomede IV di Bitinia.

⁹ G. CLEMENTE, *Guida alla storia romana*, Milano, 2008, 221; sul testamento di Attalo III per aspetti giuridici si v. G.D. MEROLA, *Autonomia locale, governo imperiale. Fiscalità e amministrazione nelle province asiatiche*, Bari, 2001, 15 ss.

¹⁰ Sulle relative vicende si v. in part. F. CARRATA THOMES, *La rivolta d'Aristonico e le origini della provincia romana d'Asia*, Torino, 1968, 1 ss.

e dispendio di risorse dai nuovi dominatori dei territori. E proprio una stele ritrovata nel *Gymnasion* dell'altare di Pergamo a fornirci una interessante notizia relativa ai contratti stipulati in quel frangente in condizione di 'fragilità' da parte di alcuni abitanti della città di Pergamo. Tale fonte epigrafica, pubblicata nelle *Inscriptiones Graecae ad res romanas pertinentes* (IV.292¹¹), fa menzione di un decreto onorario che i Pergameni dedicarono all'insigne concittadino Diodoro Pasparo, che, in qualità di ambasciatore, aveva ottenuto notevoli vantaggi per gli abitanti della città.

Sulla collocazione temporale dei fatti e del decreto onorario vi è ancora ampia discussione in letteratura, in particolare in ordine alla datazione all'epoca della istituzione della provincia¹² ovvero più recente ai tempi delle guerre mitridatiche¹³. A prescindere dalla

¹¹ Cfr. *Inscriptiones Graecae ad res romanas pertinentes*, IV, éd. par G. Lafaye, Paris, 1927, 114-117.

¹² In tal senso si v. G.D. MEROLA, *Autonomia*, cit., 43 ss., ancorché evidenze come non sia possibile pronunciarsi con certezza in ordine alla datazione.

¹³ Sulla cronologia degli eventi e dei conseguenti decreti onorari in favore di Diodoro Pasparo vi è ampia discussione in letteratura: D. MUSTI, *I Nikephoria e il ruolo panellenico di Pergamo*, in *Rivista di Filologia e di Istruzione Classica*, 126, 1998, 5 ss., sostiene che il tutto deve inquadrarsi nel periodo alto ellenistico e dunque prima del 120 a.C., probabilmente intorno al 125 a.C., ciò che determinerebbe una relazione storica tra la rivolta di Aristonico e l'intervento di Diodoro Pasparo in favore delle città asiatiche, in particolare di Pergamo. Differente la posizione di A.S. CHANKOWSKI, *La procédure législative à Pergamène au I^{er} siècle av. J.-C.: à propos de la chronologie relative des décrets en l'honneur de Diodoros Pasparos*, in *Bulletin de correspondance hellénique*, 122, 1998, 159 ss., sul quale, appunto, contra D. MUSTI, *Nuove riflessioni sui Nikephoria pergameni e Diodoro Pasparo*, in *Rivista di Filologia e di Istruzione Classica*, 127, 1999, 325 ss. In tema è intervenuto C.P. JONES, *Diodoros Pasparos Revisited*, in *Chiron*, 30, 2000, 1 ss., il quale, premessa una ricognizione minuziosa della letteratura sul tema, conclude in senso contrario alla tesi di Musti: «It is perhaps not beyond hope that, just as new discoveries and advances have occurred in the last quarter-century, so further ones may settle the question once and for all in the next» (p. 11 s.), auspicando, dunque, nuovi ritrovamenti, perché possa essere chiarita una volta e per sempre la collocazione temporale

collocazione temporale, il tema che interessa il lavoro, tuttavia riguarda un aspetto di carattere prettamente giuridico e circoscritto, ovvero sia il trattamento riservato a negozi stipulati a seguito di minacce ed estorsioni in tempo di guerra.

Diodoro Pasparo, inviato a Roma in qualità di ambasciatore, appunto, era riuscito ad ottenere dalla Repubblica per la propria città, oltre all'esenzione dagli obblighi di leva e dagli accuartieramenti militari d'inverno, la riduzione dei tassi d'interesse sui prestiti e soprattutto l'annullamento dei contratti stipulati in condizioni di debolezza a seguito di tali violenze, perpetratesi in quei concitati anni dell'occupazione della città da parte dei ribelli di Aristonico¹⁴. Alcune linee del testo epigrafico restituiscono il contenuto del provvedimento

IGR. IV.292, ll. 4-7

... οὓς δὲ ἀπολωλεκέναι τοὺς βίους
.....|| μεγάλους πρᾶσσεσθαι τοὺς τόκους ἀπέλυσε| αν τῆς
γεινομένης
ἀνδροληψίας ἐκ τῶν κυι.....[τῆς τῶν στρατο]πέδων
παραχειμασίας ὅπως ἡ
πόλις ἀπαρεν[όχλητος] | ἔσται τις τῶν παρενοχλουμένων
ἐπίστασις

Dalla lettura della fonte emerge che Diodoro era riuscito, infatti, ad ottenere un intervento normativo grazie al quale erano stati ridotti i tassi di interesse estorti in un periodo di rivolte, ma soprattutto aveva conseguito l'annullamento di tutti quegli atti negoziali conclusi a causa di violenza.

relativa alle vicende che interessarono, appunto, Diodoro Pasparo e la provincia d'Asia.

¹⁴ F. CARRATA THOMES, *La rivolta*, cit., 15 ss.

Quel che appare interessante notare, ai fini della rivisitazione delle categorie tradizionali di violenza fisica e violenza morale, è che dalla lettura della fonte nel suo complesso non appare trasparire alcuna distinzione, limitandosi all'impiego del termine βίους, che sembrerebbe apparire univoco. Il testo non dice null'altro al proposito, lasciando tuttavia apparire l'esigenza di sottolineare il ricordo storico di tale concessione dell'autorità romana ai nuovi sudditi della città della provincia d'Asia.

Quel che, però, è intuibile in assenza di ulteriori riferimenti testuali è la circostanza per la quale sembrerebbe stato comunque necessario un successivo ricorso all'autorità giudiziaria del luogo, onde ottenere, in virtù della concessione normativa, la declaratoria di nullità delle *syngraphae* citate alla linea 11 del testo:

... τῶν κενῶν συγγράφων καὶ μετὰ βίας καὶ ἀν[άγκης] ...

dove τῶν κενῶν è significativo del vuoto contenutistico, cioè del nullo¹⁵, dovuto al presupposto che tali scritture private erano state estorte dai rivoltosi con minacce di violenze; si sarebbe detto con linguaggio codicistico di un male ingiusto e notevole¹⁶. E questa fonte sembrerebbe fornirci comunque un primo ed importante indizio dell'attenzione del legislatore romano – sebbene in un caso specifico e singolare, quale quello degli abitanti di Pergamo¹⁷ – per

¹⁵ Così R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt*, cit., 312 s.

¹⁶ Art. 1435 cod. civ.: «La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole [...]».

¹⁷ Peraltro, la fonte non chiarisce se si fosse trattato di una legge ovvero di un *senatus consultum*, per il quale ultimo tuttavia propenderei, considerato il contesto storico e la ricorrenza di tale fonte per la disciplina di ulteriori aspetti del governo della provincia, quale ad esempio il *SC. De agro Pergameno*, su cui v. per tutti, G. TIBILETTI, *Rome and the ager pergamenus: the act of 129 B.C.*, in *JRS*, 47, 1957, 136 ss.; F. DE MARTINO, *Il Senatusconsultum de agro Pergameno*, in *PP*, 210, 1983, 161

la tutela di posizioni di fragilità nel negozio dovute alla costrizione di carattere psicologico ed economico conseguenti alle minacce perpetrate nei mesi di instabilità di quei territori¹⁸.

3. P. Rein. 7: una testimonianza dall'Egitto tolemaico

Al fine di evidenziare la tradizione del diritto di matrice ellenistica e le sue interazioni con il diritto romano dell'epoca successiva alla istituzione della provincia, il primo caso oggetto di esame risale al II secolo a.C., all'epoca del regno tolemaico, prima della conquista romana, ed è contenuto in P. Rein. 7¹⁹.

Si tratta di una ἔντευξις, una richiesta, una supplica nelle forme, si direbbe oggi, del 'ricorso'²⁰, per l'accertamento della nullità di una συγγραφή, redatta in doppio originale, presentata al magistrato competente, il comandante della cavalleria del luogo, attraverso il suo cancelliere, ma indirizzata formalmente ai sovrani dell'epoca

ss.; G. DI STEFANO, *Una nuova edizione del Senatus consultum de Agro Pergameno*, in *RAL*, 9.9, 1998, 707-748.

¹⁸ Cfr. Liv. *per.* 59, su cui v. G.D. MEROLA, *Autonomia*, cit., 21 s.

¹⁹ Per il testo greco di P. Reinach 7 rinvio a TH. REINACH, W. SPIEGELBERG, S. DE RICCI, *Papyrus grecs et démotiques*, Paris, 1905, rist. anast. Milano, 1972, 54 ss.

²⁰ Sulle formalità introduttive nel processo privato in Egitto in particolare A.-J. BOYÉ, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, Bordeaux, 1922, 41 ss.; G. FOTI TALAMANCA, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano. L'introduzione del giudizio*, 2.1, Milano, 1979, 1 ss. In Egitto, a partire dal III secolo a.C., il giudizio civile era introdotto tramite un ricorso indirizzato all'autorità competente il *Basileus*, sovrano ed erede dei faraoni (ἔντευξις εἰς τὸ τοῦ βασιλέως ὄνομα), o ai *λαοκρίται* oppure al tribunale dei *χρηματισταί*. Gli uffici amministrativi che coadiuvavano le attività delle suddette autorità provvedevano a notificare copia del ricorso al convenuto; in caso di mancata presentazione dello stesso, era emanato, tramite un complesso procedimento, un ordine di comparizione (πρόγραμμα). In caso di mancata presentazione a seguito di notifica del πρόγραμμα si sarebbe svolto il processo in contumacia.

Tolomeo VII e Cleopatra II²¹. Intanto, appare interessante rilevare come, a differenza del sistema processuale romano coevo, in cui il giudizio civile iniziava con una chiamata in causa del convenuto, una in *ius vocatio*²², cioè un atto di natura privatistica con cui l'attore invitava il convenuto a seguirlo in giudizio²³, nel processo del II secolo a.C. in Egitto generalmente l'atto introduttivo consisteva in un ricorso all'autorità giudiziaria (ὑπόμνημα)²⁴, notificato poi al convenuto tramite ufficiali giudiziari oppure dallo stesso privato, che si sarebbe assicurata la certificazione dell'avvenuta notifica

²¹ Per un sintetico inquadramento storico della fonte, risalente al tempo del governo di Tolomeo VII e Cleopatra II, rinvio a O. MONTEVECCHI, *La papirologia*, cit., 113.

²² Parzialmente diversa, e forse per certi versi più vicina alla in *ius vocatio* formulare dell'ordinamento processuale romano della *cognitio* ordinaria, quanto meno nella struttura, fu la procedura di citazione presso gli organi giurisdizionali ateniesi intorno al IV secolo a.C. L'atto introduttivo, denominato πρόσκλησις, consisteva in una citazione realizzata verbalmente dal privato, senza l'assistenza dell'organo pubblico, ma alla presenza di testimoni, tramite la quale l'attore avrebbe dovuto invitare il convenuto a presentarsi in giudizio. Sugli atti d'introduzione del processo in Grecia prima della conquista romana si v. H.J. LIPSIUS, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren mit Benutzung des Attische Processes*, III, Leipzig, 1915, 804 ss.; U.E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, con introduzione di P. Calamandrei, Padova, 1933, 81 ss.; L. LEPRI SORGE, voce *Processo attico*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, 1089 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Laws of Athens*, II. *Procedure*, Oxford, 1971, 85 ss.; A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 264 ss.; R. MARTINI, *Diritti greci*, Siena, 2001, 136 ss. Per una storia della storiografia sul processo greco si v. A. MAFFI, *Quarant'anni di studio sul processo greco*, in *Dike*, 10, 2007, 185 ss., con appendice bibliografica.

²³ Per tutti B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987, 26 ss.; I. BUTI, *Il «praetor» e formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, in part. 226 ss., nonché S. RANDAZZO, *Editio actionis e ritualità processuale. Per una semiotica dell'accesso alla giustizia in diritto romano*, in *Studi in onore di A. Corbino*, VI, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 183 ss.

²⁴ G. FOTI TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 161 ss.

attraverso testimonianze scritte²⁵, le *testationes privatae*, in una forma complessa indicata dalle fonti come *παράγγελία*²⁶.

Ma veniamo alle vicende negoziali e processuali che emergono dalla lettura del testo: siamo intorno al 141 a.C.²⁷, quando un tale Kephalos, figlio di Dionisio, soldato mercenario del distretto di Ermopoli nell'Alto Egitto, di servizio ad Akoris un villaggio sulla sponda orientale nel Nilo, lamentò di essere stato costretto a sottoscrivere un atto di riconoscimento di un debito di dieci talenti in favore di Lisicrate, altro comandante di cavalleria e persona ben più potente di un semplice soldato, che gliel'aveva estorta con minacce.

In sintesi, i fatti: Kephalos aveva acquistato da Lisicrate un certo quantitativo di vino – probabilmente circa trecento otri – per il prezzo complessivo di ventiquattro talenti di rame, ed aveva consegnato a quest'ultimo una scrittura con cui si impegnava a versare presso un depositario la somma pattuita entro un termine concordato. Kephalos, però, adempì parzialmente, limitandosi a depositare soltanto tredici talenti di rame. Successivamente egli pagò il saldo di undici talenti di rame nelle mani di Lisicrate in buona fede senza ottenerne quietanza, ma conseguendo solo una promessa sulla parola di restituzione della scrittura di

²⁵ Abrogata da Costantino con la nota costituzione di cui in CTh. 2.4.2, su cui si v. in particolare, U. AGNATI, *Costantino abolisce la privata testatio*, in *TSDP*, 5, 2012, 1 ss., nonché A. GUASCO, *CTh. 2.4.2. Un provvedimento imperiale sul processo civile tra principato e tardoantico*, in *SDHI*, 79, 2013, 405 ss.; ID., *Gli atti*, cit., 133 ss.

²⁶ Sulla *παράγγελία* si v. A.-J. BOYÉ, *La denuntiatio*, cit., 42 s., il quale ne esaltò il carattere semiufficiale in una composizione processuale. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 475, sostengono la sostanziale identità tra la *παράγγελία* e la *denuntiatio* utilizzata a Roma.

²⁷ Questa è la datazione secondo gli editori TH. REINACH, W. SPIEGELBERG, S. DE RICCI, *Papyrus*, cit., 54.

riconoscimento del debito di ventiquattro talenti con indicazione del *locus solutionis* concordato²⁸.

Trascorso un po' di tempo, tuttavia, Lisicrate lo aveva aggredito verbalmente dinanzi allo stratega del distretto, accusandolo di non aver restituito il saldo²⁹ e minacciandolo di trascinarlo in giudizio con conseguente rischio di perdita della libertà³⁰.

Il passo del papiro, particolarmente significativo ai fini della evidenza della violenza psicologica, è:

P. Rein. 7, ll. 15-20³¹

15 [αὐτοῦ διὰ πάσης] ἡσυχίας εἶχον τῷ μηδεμίαν ἔννοιαν
[κ]ακίας ἔχειν· χρόνου δὲ δια-

[λιπόντος καὶ τοῦ ἐγκαλου[μέ]νου ἐπιβολὴν σχόντος εἰς τὸ
διασεῖσαί με, ἐντυχόντος

[κατ' ἐμοῦ] . . . οἱ τῷ ἐπὶ τῶν τό[π]ων στρατηγῶι, π[ε]ρίεσπα
με ἐπ' αὐτον ὥς μὴ

[αποδόντος ἐμοῦ] αὐτοῦ τὰ διάφορα, ἐμπλεκεῖς τέ μοι οὐκ
[ἀ]πέστηι, εἰ μὴ ἡνάγκασε

σεσημε[ῖσθαι ὑ]πὲρ ἐμοῦ σ[υ]γγραφὴν αἰγυπτίαν τόν τε ἀδελφόν
μου Πεταρποχράτην

20 [κα]ὶ Τοθόην καὶ Πετενοῦφ[ιν] καὶ τὴν μητέρα μ[ου]
Σ]ενοβάστιν

A seguito di minacce con la conseguente pressione psicologica, ed a scopo di estorsione, Lisicrate era riuscito a far sottoscrivere a Khepalos un ulteriore documento, con cui si sarebbe impegnato a pagare entro tre anni la somma di dieci talenti di rame, uno in meno

²⁸ P. Rein. 7, ll. 6-11.

²⁹ P. Rein. 7, ll. 13-15.

³⁰ P. Rein. 7, ll. 11-13.

³¹ Cfr. Il testo in L. MITTEIS, U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde*, II.2, Hildesheim, 1963, 11.

rispetto all'originario debito, conseguendo anche una garanzia di carattere fideiussorio dai fratelli e dalla madre dello stesso Kephalos³². Depositò immediatamente, inoltre, le scritture nelle mani di un certo Pétéchon del villaggio di Akoris, al quale proibì di restituirgliela prima che avesse pagato i detti dieci talenti di rame, sperando con questo mezzo di estorcergli due volte la stessa somma³³.

Il ricorso fu indirizzato formalmente ai due sovrani Tolomeo e Cleopatra con richiesta di esame da parte di Apollodoro, magistrato e comandante di cavalleria, amico dei sovrani, e con istanza di chiamata in causa di Lisicrate tramite ufficiale giudiziario³⁴.

Le domande formulate dal ricorrente apparirebbero, dunque, due: una prima di accertamento dell'avvenuto pagamento del debito³⁵, sotto certi versi una sorta di *actio negatoria* rispetto alla pretesa del ricorrente; la seconda domanda mirava invece alla dichiarazione di invalidità della scrittura di riconoscimento del debito di dieci talenti che gli era stata estorta, peraltro mettendo a rischio anche i patrimoni dei familiari.

4. *Testimonianze per l'Egitto durante il principato romano*

La linearità con cui emergono le ragioni in fatto ed in diritto del ricorrente nella fonte in esame nel paragrafo precedente, nonché il *petitum* processuale, cioè la richiesta di accertamento della invalidità, permettono di fare maggior luce su fonti per la provincia d'Egitto per la successiva età del principato attestanti ricorsi giurisdizionali, anche se le testimonianze dei papiri sono talvolta più lacunose.

³² P. Rein. 7, ll. 18-20.

³³ P. Rein. 7, ll. 22-25.

³⁴ P. Rein. 7, ll. 25 ss.

³⁵ P. Rein. 7, ll. 30-37.

Partirei dall'esame di P. Amh. II.78, una fonte del tardo II secolo d.C.³⁶. La petizione, databile 184 d.C.³⁷, è rivolta al centurione Aurelio Antonino da un certo Stotoetis, nativo di Soknopaiu Nesos, nei pressi dell'Oasi di Fayum, il quale chiese che si svolgesse un processo contro un tale Hekusis, un suo affine, il quale, secondo Stotoetis, lo aveva defraudato di beni comuni, e in particolare lo aveva costretto a prestargli una cauzione scritta, annunciando che, se si fosse rifiutato, avrebbe fatto attentare alla sua vita. Sembrerebbe trattarsi di una denuncia di carattere criminalistico per far cessare le violenze; tuttavia, non si può far a meno di evidenziare il passaggio emergente nel ricorso:

P. Amh. II.78 ll.14-20

ἐπὶ τούτοις δὲ
[καὶ ἐ]ν νωθρία μου γενομένου
[ἐξ]εβιάσατο ὥστε ἀσφάλιαν
γ[ρ]απτήν αὐτῷ με ποιήσασ-
θαι, ἐπανγγειλάμενος εἰ μὴ
[πο]ιῶ εἰς τὸ ζῆν μοι ἐπιχειρή-
[σει]ν.

Dal testo emerge semplicemente, come già accennato, che Hekusis lo aveva costretto a consegnargli tale garanzia in forma scritta, annunciando che, ove si fosse rifiutato, avrebbe fatto attentare alla sua vita.

Non emerge, a differenza della fonte analizzata nel paragrafo precedente, la richiesta di un provvedimento da adottare nei confronti di colui che aveva usato violenza, e dunque la minaccia

³⁶ Si tratta della collezione del barone Amherst of Hackney nell'edizione di B.P. GRENFELL, A.S. HUNT, *The Amherst Papyri. Being an account of the Greek Papyri*, II, London, 1901, 97 s., al quale rinvio per la versione integrale del papiro.

³⁷ Per la datazione cfr. B.P. GRENFELL, A.S. HUNT, *The Amherst Papyri*, cit., 97.

di un male ingiusto e notevole per estorcergli tale cauzione; pur tuttavia appare verosimile che il *petitum* del ricorrente fosse anche in questo caso di tipo dichiarativo³⁸, cioè avente ad oggetto l'accertamento che quella garanzia fosse stata estorta con violenza e quindi, evidentemente, inutile.

Un'ulteriore testimonianza di età romana per la provincia d'Egitto sulla violenza in ambito negoziale è proposta in P. Lond. II.358³⁹, databile intorno al 150 d.C.⁴⁰.

Si tratta del ricorso di Stotoetis figlio di Stotoetis, residente sempre a Soknopaiu Nesos. Rispetto al testo precedente, ci si può domandare se si fosse trattato dello stesso Stotoetis indicato in P. Amh. II.78 oppure di un mero caso di omonimia; tale ultima ipotesi non da escludersi attesa la ricorrenza dei nomi propri di persona nei diversi archivi di fonti per l'Oriente, penso a quello di Babatha per l'Arabia Nabatea⁴¹ dove si ripetono spesso gli stessi nomi, quali ad esempio Judah o Jesus⁴².

La petizione è indirizzata al prefetto Munazio Felice e contro due soggetti, Sota e Ammonio⁴³. Il senso logico della vicenda è alquanto oscuro, a causa dello stile complesso e – a leggere gli editori – a causa dei numerosi errori di sintassi e grammatica presenti nella fonte⁴⁴. Sembra che Sota e Ammonio avessero costretto con la violenza il ricorrente a consegnare una scrittura di promessa di vendita e prestito di sua sorella (originariamente prestata in suo favore) del valore complessivo di quattrocento dracme ad una figlia di Sota. Il significato esatto di questo atto non

³⁸ Cfr. *supra*, nel testo.

³⁹ Si cfr. il testo in *Greek Papyri in the British Museum (P. Lond)*, II, ed. by F.G. Kenyon, London, 1898, 172.

⁴⁰ Cfr. L. MITTEIS, U. WILCKEN, *Grundzüge*, II.2, cit., 57.

⁴¹ Cfr. *supra*, nt. 3.

⁴² P. Yadin 12 ss.

⁴³ P. Lond. II.358, ll. 3 ss.

⁴⁴ *Greek Papyri*, II, cit., 171.

è del tutto chiaro, come già anticipato, ma può essere interessante evidenziare ad altri fini il riferimento all'uso del deserto (ὥς ἐν ἐρημίᾳ⁴⁵, una sorta di *mos regionis*) relativo alla concessione di tali promesse.

La richiesta del postulante al prefetto sembra essere stata di concessione di un ordine di comparizione in giudizio, affinché i convenuti si presentassero davanti al suo tribunale in occasione della successiva seduta giurisdizionale (διαλογισμὸς ἢ δικαιοδοσία). Anche in questa vicenda, per quanto non vi sia menzione nel papiro del provvedimento richiesto, appare chiaro dalla sintetica *editio actionis* che l'obiettivo era ottenere un provvedimento giurisdizionale di dichiarazione di invalidità del trasferimento estorto.

L'ultima vicenda in tema emerge da BGU. II.378, fonte risalente al 147 d.C. Il documento è in lingua greca e proviene da Arsinoe, sempre nell'Oasi di Faiyum, dove è stato originariamente ritrovato. Questo papiro contiene una petizione avanzata da Gaio Giulio Agrippino a Calpurniano, *iuridicus* (δικαιοδότης), in cui fu presentata una domanda contro Giulio Saturnino, cugino di Agrippino, presumibilmente tutti cittadini romani residenti in Egitto. Il ricorrente lamentò la pendenza di una procedura esecutiva immobiliare sui propri beni (con richiesta di immissione nel possesso), avviata per conseguire l'adempimento coattivo di un prestito di otto mine d'oro, secondo Agrippino violentemente estorto da suo cugino Saturnino⁴⁶.

Peraltro, Agrippino al tempo della concessione del prestito era minorenne, quindi invocò la tutela della *lex Laetoria*⁴⁷. E dunque

⁴⁵ P. Lond. II.358, l. 12.

⁴⁶ Testimoniato dall'uso delle parole βία e ἀναγκάζω alla linea 20.

⁴⁷ P. Lond. II.358, l. 21: τῇ γὰρ γεγραφὼς τοῦτο ἐπὶ ἐντὸς ὧν τοῦ Λαιτωρίου νόμου.

probabilmente il riferimento alla *lex Laetoria*⁴⁸ sembrerebbe dimostrare la proposizione di una sorta di opposizione alla esecuzione rivolta ad ottenere anche la dichiarazione di invalidità del prestito, attraverso una domanda al magistrato di concessione di una *in integrum restitutio ex lege Laetoria*, dunque per il ripristino dello *status quo ante*.

5. Riflessioni conclusive

Mi avvio a concludere, provando a trarre qualche spunto utile al prosieguo della ricerca, intanto sotto il profilo dell'attenzione degli ordinamenti ellenistici e romano per casi di violenza contro la libertà negoziale, sia di carattere normativo che giurisdizionale. In tutti i casi esaminati sembra necessario il ricorso alla giurisdizione del magistrato per ottenere un provvedimento di ablazione del negozio estorto con violenza dalla realtà giuridica. Provvedimento che talvolta sembrerebbe essere di natura dichiarativa, talvolta di natura costitutiva, con *restitutio in integrum*, come nell'ultimo caso in cui si era domandata al magistrato appunto l'applicazione del rimedio processuale in favore del minore. E quel che appare più interessante è che il termine 'βίη' con cui si indica in genere la violenza non appare significativo di una graduazione del tipo di violenza, fisica o morale, riservando in entrambi i casi la medesima tutela giuridica. Dall'analisi dei testi pare, infatti, che emergano richieste di accertamento di invalidità dei contratti stipulati *tamquam non essent*.

⁴⁸ Sulla *lex Laetoria* si v. per tutti S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979.

E queste testimonianze, che sembrano non distinguere la violenza fisica dalla violenza morale⁴⁹, ma valorizzano la tutela avverso la fragilità contro qualsiasi tipo di violenza, pur essendo soltanto la tessera di un mosaico di una storia ben più articolata in ordine alle costruzioni di matrice privatistica sul tema, dalle riflessioni giurisprudenziali romane alle loro proiezioni moderne⁵⁰, sollecita una riflessione in tema di tutela delle fragilità e della tenuta delle categorie tradizionali ove il caso di scuola della ‘*vis absoluta*’ determina una nullità cd. strutturale del contratto, con conseguente imprescrittibilità dell’azione, insanabilità, rilevabilità d’ufficio, in deroga al principio dispositivo, mentre la *vis compulsiva*, violenza morale, disciplinata dal codificatore agli artt. 1434 ss. cod. civ. sotto la rubrica unica ‘violenza’, comporta l’annullabilità del negozio pregiudizievole⁵¹. Si tratta della recezione e della codificazione delle regole derivanti dal principio ‘*coactus, tamen volui*’ espresso dal giurista Paolo⁵², che non comporta una radicale nullità ma solo l’annullabilità del negozio tutt’oggi considerata «un’anomalia di

⁴⁹ In tema si v. C. LONGO, *Note critiche in tema di violenza morale*, in *BIDR*, 42, 1934, 68 ss.; di recente v. G. ZARRO, *Decretum Divi Marci. Percorsi evolutivi tra ‘vis absoluta’ e ‘vis compulsiva’*, in *RDR*, 24, 2024, 1 ss.

⁵⁰ Cfr. G. D’AMICO, voce *Violenza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 862 s.

⁵¹ In letteratura cfr. *ex plur.* R. SCOGNAMIGLIO, *Note in tema di violenza morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, in part. 395 ss.; A. TRABUCCHI, voce *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, in *Noviss dig. it.*, XX, 1975, 941 ss.; M. DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996; C. CICERO, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, 2000; A. FIGONE, *La violenza (artt. 1434-1438)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, dir. F.D. Busnelli, Milano, 2005, 17 ss.; P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *Trattato dei contratti*, dir. P. Rescigno e E. Gabrielli, I, *I contratti in generale*², a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006.

⁵² Paul. 11 *ad ed.* D. 4.2.21.5: *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*

minore gravità rispetto proprio alla nullità»⁵³, e che classifica come deteriore la condizione del minacciato rispetto a colui al quale è stata imposta la stipula del contratto con un atto di violenza fisica, con conseguenze diverse, appunto, sotto il profilo della tutela processuale, quali la prescrittibilità dell'azione di annullamento in cinque anni e la non rilevabilità d'ufficio. E del resto si valuta meno tutelata la posizione del minacciato rispetto a quella del consumatore a favore del quale, invece, si moltiplicano le cd. 'nullità di protezione'⁵⁴. Ancorché il minacciato sia tutelato anche dal diritto penale grazie al reato di estorsione⁵⁵, sotto un profilo meramente civilistico e negoziale sembrerebbe apparire meno 'fragile' di un consumatore.

In tal senso, la Cassazione non molti anni fa ha inteso confermare l'impianto tradizionale e codicistico con sentenza n. 25222 del 14 dicembre 2010⁵⁶. La VI sezione ha, infatti, escluso la

⁵³ Così A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*²³, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2017, 686,

⁵⁴ Art. 36 codice del consumo, rubricato proprio 'Nullità di protezione'.

⁵⁵ Art. 629 cod. pen.

⁵⁶ Mass. CED. Cass. *rv.* 614877/1: «In tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. 'nullità virtuale'), ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, che va, pertanto, esclusa sia quando risulta prevista una diversa forma di invalidità (es. annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi. (Nella specie, relativa a domanda di declaratoria di nullità del contratto di vendita di un immobile cui l'istante deduceva di essere stato costretto dall'acquirente con minaccia e pressione usuraria, la S.C., nel confermare la sentenza di rigetto dei giudici di merito, ha ritenuto non applicabile l'art. 1418 cod. civ. ed indicato come parametri normativi di riferimento gli artt. 1434 e 1435 cod. civ., cui pure la corte territoriale aveva fatto ricorso, rilevando che la relativa azione non era stata proposta entro il termine prescrizione di cinque anni né tale statuizione era stata specificamente impugnata)». Più di recente confermata da un altro arresto della III sezione civile della Corte di Cassazione con ordinanza del 15

nullità del contratto per divieto a norme imperative sia quando risulta prevista diverso tipo di anomalia, quale l'annullabilità, sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi⁵⁷. Nel caso specifico era stata rigettata la domanda di declaratoria di nullità del contratto di vendita di un immobile, cui l'istante aveva dedotto di essere stato costretto dall'acquirente con minaccia e pressione usuraria. La S.C., nel confermare la sentenza di rigetto dei giudici di merito, aveva ritenuto non applicabile l'art. 1418⁵⁸ cod. civ. ed indicato come parametri normativi di riferimento gli artt. 1434⁵⁹ e 1435⁶⁰ cod. civ.,

gennaio 2020 n. 525 di cui di seguito la massima pubblicata in CED. Cassazione 2020 (n. 656582/2): «In tema di cd. nullità virtuale, la violazione di disposizioni inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità unicamente ove non sia altrimenti stabilito dalla legge. Pertanto, questo esito va escluso sia quando risulti indicata una differente forma di invalidità (ad esempio, l'annullabilità) sia ove la legge assicuri l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi. (Nella specie, era stata chiesta la dichiarazione di nullità del contratto di vendita di un immobile per violazione della l. n. 231 del 2007 sull'antiriciclaggio, stante il dedotto pattuito pagamento del prezzo in contanti; la S.C., nel confermare la sentenza impugnata, ha ritenuto non applicabile l'art. 1418 cod. civ. poiché l'infrazione contestata era sanzionata in via amministrativa)».

⁵⁷ La distinzione tradizionale tra violenza fisica e violenza morale è stata oggetto di critiche da parte di G. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 151 ss.

⁵⁸ Art. 1418 cod. civ.: «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge».

⁵⁹ Art. 1434 cod. civ.: «La violenza è causa di annullamento del contratto, anche se esercitata da un terzo».

⁶⁰ Art. 1435 cod. civ.: «La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male

rilevando che la relativa azione non era stata proposta entro il termine prescrizione di cinque anni.

L'analisi di ulteriori archivi di fonti per il mondo provinciale, anche oltre l'Asia e l'Egitto, ci si augura possa trasmettere qualche ulteriore dato sul trattamento dei casi di violenza incidenti sulla libertà negoziale da porre in relazione, poi, con le risultanze delle ricerche relative agli interventi in ambito giurisdizionale (penso alla formula dell'*actio quod metus causa*⁶¹) ed alle elaborazioni scientifiche della giurisprudenza romana e con le conseguenti proiezioni successive⁶².

Questa forse potrebbe essere una delle possibili prospettive per riflettere su percorsi di destrutturazione dei dogmi in argomento, ripartendo proprio da una rivisitazione della categoria di *inuitus* e delle diverse gradazioni del non voluto nel mondo antico.

ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone».

⁶¹ In tema v. A. D'ORS, *El comentario de Ulpiano a los edictos del «metus»*, in *AHDE*, 51, 1981, 223 ss.; B. KUPISCH, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo* (Dig.4,2,1). *Restitution des biens à la suite des persècutions subies par un groupe dans l'antiquité romaine et à l'époque actuelle*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur B. Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, 463 ss.; E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011; F. PULITANÒ, *La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva*, in *'Actio in rem' e 'in personam' in ricordo di M. Talamanca*, II, Padova, 2011, 665 ss.; I. PONTORIERO, *I vizii*, cit., 51 ss.; P. LAMBRINI, *I rimedi contro la violenza morale tra ordinamenti moderni e diritto romano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi*, 12, 2023, 1 ss.

⁶² A. GIANOLA, *L'integrità*, cit., 185 ss.; I. PONTORIERO, *I vizii*, cit., 191 ss.

ABSTRACT

Il presente contributo esamina le testimonianze di violenze e libertà negoziale nel mondo romano, con particolare attenzione alle province romane. Attraverso l'analisi di fonti epigrafiche e papiracee provenienti dalla provincia d'Asia e dall'Egitto, sono evidenziati i casi di violenza che hanno influenzato la formazione della volontà negoziale. La ricerca si concentra sulla tutela giuridica offerta contro la violenza, sia fisica che morale, e sulle conseguenze normative e giurisdizionali di tali atti. Si analizzano inoltre le interazioni tra il diritto ellenistico e romano, e le proiezioni delle elaborazioni giuridiche romane nelle codificazioni moderne. Obiettivo della ricerca è riflettere sulla tenuta delle categorie tradizionali di violenza e sulla tutela delle fragilità negoziali nel contesto storico e giuridico.

This paper examines the evidence of violence and negotiating freedom in the Roman world, with a focus on the Roman provinces. Through the analysis of epigraphic and papyrus sources from the province of Asia and Egypt, instances of violence that influenced the formation of the negotiating will are highlighted. The research focuses on the legal protection offered against violence, both physical and moral, and the normative and jurisdictional consequences of such acts. It also analyzes the interactions between Hellenistic and Roman law, and the projections of Roman legal elaborations into modern codifications. The aim of the research is to reflect on the resilience of traditional categories of violence and the protection of bargaining fragilities in the historical and legal context.

PAROLE CHIAVE

Violenza – *metus* – province – diritto romano – fragilità

Violence – *metus* – provinces – Roman law – fragility

ALESSIO GUASCO

a.guasco@unifortunato.eu

**Turbamento della volontà negoziale dovuto allo
stato di bisogno e di pericolo del contraente.
Lineamenti storico-giuridici della disciplina
rimediale alla asimmetria delle prestazioni**

SOMMARIO: 1. L'asimmetria negoziale dovuta a pericolo e bisogno nel codice civile italiano – 2. I fondamenti della rescissione in diritto romano – 2.1. La *lex duodecim* del Titolo C. 4.44 *De rescindenda venditione* – 3. La rescindibilità del vincolo negoziale a motivo di pericolo e bisogno nelle compilazioni anteriori al Codice civile italiano del 1942 – 4. Conclusioni.

1. L'asimmetria negoziale dovuta a pericolo e bisogno nel codice civile italiano

Nel diritto italiano il contratto, riferibile ad almeno due parti, si costituisce secondo gli schemi tipici previsti dal legislatore, tra cui l'accordo (art. 1321 cod. civ.), o, nell'esercizio dell'autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento, è possibile ricorrere a schemi atipici nei quali dedurre la definizione di interessi meritevoli di tutela (art. 1322 cod. civ.).

L'interdipendenza, genetica e/o funzionale, caratterizza le prestazioni nei contratti sinallagmatici.

L'asimmetria del regolamento può derivare, tra le altre ipotesi, dallo stato di pericolo e di bisogno di uno dei contraenti, nel qual caso la volontà di concludere effettivamente il negozio esiste, ma si è formata per l'effetto dell'incidenza di detto elemento

perturbatore, sia pure liberamente, ed è stata correttamente manifestata. In punto di diritto l'ordinamento italiano prevede il rimedio della rescissione (che non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda), se lo stato di pericolo è motivo determinante della conclusione del contratto oppure se il bisogno sia fattore che altera la formazione della volontà, nel senso che, pur conoscendo l'iniquità, si conclude il contratto caratterizzato da una sproporzione rilevante tra le prestazioni.

Il che, come risulta dalla *Relazione ministeriale al Re*¹ che accompagnava l'introduzione del Codice civile italiano del 1942, ledeva l'ideale di una sana circolazione dei beni, per cui la

¹ Nella *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma, 1943, 144 s., si definiva il rimedio della rescissione del contratto quale azione «con cui una delle parti reagisce contro l'iniquità e la sproporzione del vantaggio conseguito dall'altra per effetto di una condizione subiettiva anormale in cui si trovava la prima». Il legislatore, in linea con «la tendenza accolta nei codici di tipo tedesco» (n. 658), adotta una formula valevole solo «per i casi più gravi di squilibrio o di iniquità» atteso che «una norma generale che avesse autorizzato il riesame contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni [...] in una vita regolata dall'ordinamento corporativo, e quindi dalla proporzione e dalla solidarietà l'equilibrio tra le prestazioni delle parti o l'equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle economie e delle attività individuali». Si tratta di «un istituto prettamente italiano, perché elaborato dal diritto comune» (*Relazione*, cit., nn. 656-658) scrive S. CAPRIOLI, *Iniquitas rei. Studi preparatori sui contratti rescindibili nell'età del diritto comune*, I. *Casi di rescissione*, Milano, 1974, 136; cfr. ID., *Indagini sulla rescissione*, Perugia, 2001, 15. Osservava più in generale in tema di storia giuridica Rosario Nicolò – R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 907 – che il diritto civile non è «un museo di anticaglie [...] anche gli istituti, che sembrano i più vicini alla tradizione, assumono, nel quadro complessivo, un carattere e un valore profondamente diversi da quelli tradizionali, sì che di comune con gli istituti del lontano passato non hanno che il nome o poco più».

rescissione, per dirla con il Carnelutti, appare un atto giuridico che «tende a combattere l'ingiustizia di un atto giuridico perfetto, escludendone gli effetti, al fine di potervi sostituire un atto conforme a giustizia»², atteso che lo scopo del diritto è «ridurre l'economia all'etica» ovvero «imporre l'etica all'economia»³.

E in ciò sta la capitale importanza della regolamentazione giuridica in tema di corrispettivo (in margine all'imposizione pubblicistica di costi fissi e calmieri) che si rivolge ai privati, la cui autonomia non è, nell'ordinamento italiano, discrezionale: come efficacemente è stato detto da Caprioli, l'istituto della rescissione «fissa, di certo, un limite all'autonomia dei privati nella determinazione del contenuto del contratto»⁴.

Già Aristotele⁵, a proposito dei rapporti di scambio, intravedeva a base dell'ordine economico la correlazione delle prestazioni e poneva la necessità di un equilibrio, identificava il «giusto» con l'«intermedio», tra «perdita» e «guadagno», individuando così il criterio della *pars dimidia*, soggettivamente inteso, e poneva la necessità della «giustizia per ristabilire eguaglianza e reciprocità delle relazioni»⁶.

Scriveva Galbraith della centralità della determinazione del corrispettivo, e che «per quanto virtuosi siano venditori e compratori il giusto prezzo rimane» materia su cui le posizioni «tendono irresistibilmente a divergere», e in ciò sta «la massima dialettica della vita economica, quella tra moralità e mercato», che si muove su un piano che interseca quello più strettamente giuridico⁷.

² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, 344.

³ F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., 21.

⁴ S. CAPRIOLI, *Iniquitas rei*, cit., 136.

⁵ Arist., *Etica Nicomachea*, V.1132a, 1132b, 1133a, trad. it. di C. Natali, Bari, 1999, 185 ss.; ID., *Politeia*, I.1254a, 1254b, 1255a, trad. it. di R. Laurenti, Bari, 1953, 11.

⁶ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, 27 ss.

⁷ K. GALBRAITH, *Storia dell'economia*, trad. it. di F. Ghiaia, Milano, 2021, 36 s.

Sul fondamento filosofico-politico aristotelico si asside la riflessione giuridica successiva che si mostra nella sua compiutezza e maturazione definitiva nei codici europei, che testimoniano, guardando agli atti preparatori, la centralità della questione dell'equilibrio tra le prestazioni, dell'individuazione del corrispettivo nei negozi commutativi; in altri termini di cosa si intendesse per giusto prezzo, prezzo convenzionale, valore, utilità in relazione all'asimmetria negoziale.

Questo concetto del giusto prezzo, in particolare, tenderà a dilatare il suo ambito originario, primario, di elaborazione travalicando i confini della vendita – cui ancora nel codice italiano del 1865 è riferito – e il rimedio rescissorio sarà nel codice del 1942 di carattere generale, mostrando in ciò di coniugare della legislazione tedesca di stampo pandettistico e della tradizione francese i tratti distintivi, volti a limitare l'interferenza del giudice, pur necessaria nello stato di diritto, negli assetti (anche conflittuali) interprivatistici, allo scopo di ricondurre ad equilibrio le prestazioni rispetto a un concetto di *medium* di per sé altamente soggettivo ed opinabile, del tutto contingente e non ancorato a parametri immutabili.

Di qui la disciplina civilistica contenuta nel Libro IV del codice, 'Delle Obbligazioni', Titolo II, 'Dei contratti in generale', Capo XIII (artt. 1447-1452 cod. civ.), 'Della Rescissione'⁸, imperniata sulla protezione del contraente leso e sulla conservazione del contratto, *rationes* rinvenibili nella cultura giuridica romana e nella quale, a mente degli artt. 1447 e 1448 cod. civ., l'iniquità o la sproporzione è parametrata al corrispettivo convenzionalmente

⁸ F. CARRESI, voce *Rescissione*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 3; A. MONTEL, *Della rescissione del contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Commentario*, I, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, 769; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, Milano, 2000, 25 ss.; M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, Milano, 2015, 12 ss.

identificato con quello di mercato (argomentando dall'art. 2922, comma 2, cod. civ., che vieta l'impugnazione della vendita forzata per lesione, in combinato disposto con l'art. 586, comma 1, cod. proc. civ., che consente al giudice dell'esecuzione di non emettere il decreto di trasferimento del bene se per cause sopravvenute alla sua aggiudicazione il valore sia aumentato)⁹.

Il codice definisce nel primo comma dell'art. 1447 il contratto concluso in stato di pericolo – volontariamente causato o altrimenti evitabile (diversamente dall'art. 54 cod. pen., che esenta a certe condizioni l'agente da responsabilità penale per l'illecito commesso in danno della vittima incolpevole) che produce una minorazione nella libertà del volere, – come il regolamento «con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona».

La legge non ha espressamente subordinato la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo all'approfitamento, ritenuto insito nella iniquità delle condizioni a cui si conclude il contratto, sulla considerazione che la volontà di una delle parti ad addivenire al negozio sia menomata nel suo formarsi dalla contingente situazione, che determina l'accettazione di un regolamento fortemente sbilanciato a favore della controparte, cui è noto detto pericolo. Contratto che ben non avrebbe potuto concludere o concludere a condizioni diverse in difetto di pericolo.

⁹ G.A. MICHELLI, *Dell'esecuzione forzata*², in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, 135; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*⁴, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1963, 130; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1966, 194; F.D. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile*, VI.4. *Della tutela dei diritti*, Torino, 1964, 136.

La conoscenza dello stato di pericolo postula l'approfittamento altrui, del fatto che la controparte in pericolo abbia una minorata libertà di negoziazione, e di ciò obiettivamente ci si avvantaggia¹⁰.

Il pericolo è, quindi, causa determinativa del segno della volontà negoziale e rileva se ed in quanto esso è noto all'altro contraente e se come causa efficiente penetra la definizione dell'assetto di interessi, determinando una posizione di vantaggio ingiustificata¹¹.

In punto di diritto chi agisce¹² *ex art. 1447 cod. civ.* non ha l'onere di dimostrare la persistenza della lesione (come richiesto nel caso di lesione *ultra dimidium*) al tempo della domanda ai fini della rescissione; deve, però, provare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie tipica prevista dalla norma.

In particolare, deve provare (con ogni mezzo, anche per testimoni) in uno alla conclusione del contratto che lo stato di pericolo proprio o di un terzo sia attuale, grave e concernere un diritto fondamentale della persona e sia noto all'altro contraente convenuto; la necessità di contrarre per eliminare il pericolo; la asimmetria tra le prestazioni, la cui iniquità nel processo l'attore¹³

¹⁰ In punto di diritto, la fattispecie dell'approfittamento dello stato di pericolo o di bisogno è del tutto diverso dall'esercizio della violenza ovvero dagli artifizii, in quanto nei casi previsti dagli artt. 1447 e 1448 cod. civ. chi versa in condizioni difficili contrae a condizioni inique, sulla base di una propria determinazione di valore sulla convenienza del negozio, e pur tuttavia liberamente, in autonomia, nonostante lo stato di pericolo o bisogno sia un fattore altamente fondante della formazione della *voluntas* negoziale, e quindi del contenuto della *lex contractus* (cfr. Cass. Civ., Sez. II, 12 giugno 2018, n. 15338: non è destinatario il contraente di minacce o raggiri).

¹¹ E. BETTI, *Teoria*, cit., 31; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁵, Torino, 2019, 126.

¹² A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018, 191 ss.

¹³ Il concorso del fatto colposo del contraente danneggiato non esclude la rescissione, ed è valutabile dal giudice in sede di liquidazione dell'equo compenso. Se il contraente leso chiede soltanto il risarcimento la volontaria esposizione a pericolo o l'evitabilità ridurrà l'esposizione debitoria della

può meramente allegare incombendo sul convenuto la dimostrazione che le pattuizioni siano *ex adverso* eque¹⁴.

Il successivo art. 1448 cod. civ. prevede l'azione generale di rescissione riconosciuta se sussiste una «sproporzione tra le prestazioni delle parti [...] dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio» (comma 1), tale che la lesione – permanente fino al tempo in cui la domanda è proposta (comma 3) – «ecceda la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto» (comma 2). Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla, offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità ai sensi del successivo art. 1450 cod. civ.

La norma appare, in punto di teoria generale del diritto, porsi in distonia rispetto alla centralità della volontà normativa dei contraenti nell'esercizio della loro autonomia negoziale e al principio della *firmitas* del regolamento conforme al detto volere. Invero essa è espressione proprio del valore riconosciuto all'autonomia negoziale se ed in quanto esplicata secondo l'ordinamento, se cioè è meritevole di tutela, e, per l'effetto, è penetrata dalla buona fede, soggettiva e oggettiva, che impone correttezza e lealtà nella fase precontrattuale e deve tradursi nella definizione di un contratto coerente.

Nella dinamica delle relazioni giuridicamente rilevanti la meritevolezza si misura anche attraverso la verifica della parità tra i contraenti e dell'approfittamento dell'una parte nei confronti dell'altra, sullo sfondo della conservazione del negozio giuridico (per cui si è prevista la prescrizione dell'azione), preoccupazione

controparte in applicazione del principio di causalità. L'eccezione sarà rilevabile d'ufficio, purché il convenuto abbia allegato i fatti rilevanti (*Relazione*, cit., n. 657).

¹⁴ M. CIRULLI, *La rescissione del contratto nel sistema della tutela giurisdizionale*, Pisa, 2023, 67 ss.

avvertita in fase di compilazione, come si legge nella *Relazione* ministeriale al codice, n. 656, dove è richiamata l'esigenza di non attentare alla «sicurezza delle contrattazioni», attribuendo al giudice il potere di revisione del contratto iniquo, in difetto di istanza del contraente leso.

E ciò in conformità all'eredità del pensiero giuridico romano che già, in epoca severiana, riconosceva la libertà dei contraenti di acquistare a meno o vendere a prezzo più alto.

La disciplina che si pone nel 1942 si caratterizza per la natura compromissoria «che si sforza di conciliare il criterio oggettivo dell'entità della lesione, ricevuto dalla tradizione francese, con gli elementi soggettivi del bisogno e dell'approfittamento, che dominano la disciplina del legislatore tedesco»¹⁵: conservazione del contratto e protezione del contraente leso sono le esigenze che, fin da Diocleziano gli ordinamenti hanno cercato di contemperare e che sul piano processuale si risolve accordando lo strumento romanistico della *restitutio in integrum*.

La rescissione, per dirla con Carnelutti, è da questo punto di vista «un atto giuridico, il quale tende a combattere la ingiustizia di un atto giuridico perfetto escludendone gli effetti al fine di potervi sostituire un atto conforme a giustizia»¹⁶.

2. I fondamenti della rescissione in diritto romano

Nell'esperienza giuridica romana si rintracciano i fondamenti della disciplina della rescissione, che usualmente si fanno risalire all'ultimo quindicennio del III secolo, all'intensa azione legislativa di riordino del mercato ad opera di Diocleziano in tema di compravendita.

¹⁵ P. RESCIGNO, *Presentazione*, in M. SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Napoli, 1988, XIII.

¹⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, 344.

La centralità del negozio di scambio nelle dinamiche commerciali stava nel fatto che un'*emptio venditio* potesse anche essere variamente conclusa *consensu* (*inter absentes et per nuntium et per litteras*) e nell'idoneità dello schema di *iuris gentium* a realizzare il corrente e quotidiano accesso alle risorse, e, per questo, assolvere ad una funzione sociale di rilievo.

Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.1.2: *Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.*

Gaio, nel II secolo, aveva ritenuto perfezionato il vincolo negoziale non appena le parti avessero raggiunto l'accordo sul prezzo, indipendentemente dal fatto che esso fosse stato effettivamente versato.

Gai 3.139: *Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit [...].*

Sotto i Severi, anche Ulpiano puntualizzerà che «*Valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium*» (Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.1.7.2).

La necessità che il corrispettivo sia fissato perché sorga il contratto è ribadita ancora nel VI secolo dalla commissione giustiniana incaricata di redigere le *Institutiones*.

I. 3.23.1: *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. sed et certum pretium esse debet.*

Ad avviso della giurisprudenza classica, *in emendo et vendendo* la definizione del corrispettivo era rimessa, coerentemente con la

concezione della buona fede, naturalmente alla libera¹⁷ convenzione degli autori del negozio sul *quantum*.

Il prezzo, per quanto basso, non incideva sulla valida formazione del regolamento di interessi, come ben risulta da un notissimo testo di epoca severiana:

Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.22.3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*¹⁸.

¹⁷ Nella vendita fiscale e dei beni ereditari deteriorabili il prezzo era ovviamente imposto: Scaev. 4 *dig.* D. 18.5.9; Call. 3 *de iur. fisc.* D. 49.14.3.5; Ulp. 70 *ad ed.* D. 28.8.5.1.

¹⁸ R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 315 ss. Spunti interessanti in J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Varia Graeco-Romana*, in *Synthese: Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, a cura di A. Guarino e L. Labruna, Napoli, 1964, 903-908, part. 904, che compara D. 19.2.22.3 e Ps. Hip. *Peri diaites* 1.24. Cfr. Cic. *de off.* 3.50-54. Fondamentale è A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS*, 94, 1977, 184 s.; Th. MAYER-MALY, *Der gerechte Preis*, in *Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart. Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag*, hrsg. von G. Frotz und W. Ogris, Wien, 1973, 139 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 256 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract law*, in *Good Faith in European Contract Law*, ed. by R. Zimmermann, S. Whittaker and M. Bussani, Cambridge, 2000, 63 ss.; R. CARDILLI, *Alcune osservazioni*, cit., 115 ss., ritiene: «È un principio coerente ad una concezione del contratto come accordo tra parti, espressione di una società (formalmente) di eguali, nella quale si presume appunto, salvo elementi esterni che possano porre in discussione tale eguaglianza (minore età) o la correttezza dell'accordo raggiunto (*dolus, metus, error* rilevante), che la proporzione tra le prestazioni corrispettive fissata nell'accordo sia quella voluta dalle parti e quindi quella che la buona fede deve tutelare poi nella dinamica» (p. 130, nt. 43). Cfr. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza giuridica romana*, I, Milano, 1973, 63; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1956, 143-144; M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 368.

Si può vendere a prezzo minore ciò che vale di più e si può comprare sottocosto qualcosa che abbia maggior valore – rispetto ad un costo cd. di riferimento – venendosi i contraenti l'un l'altro incontro, e così lasciandosi 'persuadere' e 'convincere' della bontà dell'affare¹⁹.

Al giurista Paolo (*ita invicem se circumscribere*) fa eco Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.16.4, in cui si legge «*naturaliter licere contrahentibus se*

¹⁹ Cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, trad. it. di T. Centi e A. Belloni, III, 83, 5, 2965 e 3707 ss. in tema di «Frode che viene commessa nelle compravendite». L'Aquinato alla domanda «se sia lecito vendere una cosa per più di quanto vale» risponde premettendo che «il giusto nei contratti umani è determinato dalle leggi civili. Ora, in base ad esse è lecito a chi compra e a chi vende ingannarsi a vicenda: il che avviene per il fatto che il venditore tende a vendere la cosa per più di quanto vale, e il compratore [ad acquistarla] per meno di quanto vale. Perciò è lecito vendere una cosa per più di quanto vale». E osserva «In contrario, sta scritto Mt 7.12. "Tutto quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro". Ora, nessuno vuole che gli si venda una cosa per più di quanto vale. Quindi nessuno deve vendere a un altro in questo modo. Dimostrazione: Usare la frode per vendere una cosa a un prezzo più alto del giusto è sempre un peccato: poiché così si inganna il prossimo a suo danno [...] Se quindi il prezzo supera il valore di una cosa, o se la cosa supera il prezzo, è compromessa l'uguaglianza della giustizia. Quindi vendere a più o comprare a meno di quanto la cosa costa è un atto ingiusto e illecito». Ne deriva che «la legge umana [...] considera come lecito, non infliggendo castighi, il fatto che il venditore venda a un prezzo maggiorato e il compratore acquisti sottoprezzo, purché la sproporzione non sia eccessiva: poiché allora la legge umana obbliga alla restituzione; nel caso ad esempio. in cui uno sia stato ingannato per un valore che supera la metà del prezzo giusto. Ma la legge divina non lascia impunito nulla di ciò che è contrario alla virtù. Perciò secondo la legge divina è considerato illecito non osservare l'uguaglianza della giustizia nella compravendita. E chi ha così guadagnato è tenuto a compensare chi è stato leso, se il danno è rilevante. E dico questo perché il giusto prezzo spesso non è determinato puntualmente, ma va computato con una certa elasticità, per cui piccole maggiorazioni o minorazioni non compromettono l'uguaglianza della giustizia».

*circumvenire*²⁰, con la conseguenza che, se non erano dimostrabili violenza, *metus*, dolo, o la minore età di uno dei contraenti, la proporzionalità tra le prestazioni corrispettive voluta dalle parti si considerava vincolante e non suscettibile di revisione né possibile sintomo di una patologia dell'accordo raggiunto, salvo, ovviamente, che il negozio non fosse stato simulato o in frode alla legge.

Diocleziano non intese opporsi a questa consolidata riflessione giurisprudenziale che affermava il principio della stabilità negoziale fondata sulla buona fede quando il prezzo si determinasse nel libero gioco del mercato. Tuttavia, di fronte al rincaro ed alla rarefazione dei beni, dovuta a fattori naturali o determinata dagli abusi dei *potentiores* e degli speculatori in danno delle classi meno abbienti, come si è già altrimenti osservato, l'imperatore dalmata, nota la congiuntura economica²¹, intese affermare che l'esercizio della libertà di convenire il prezzo di vendita non era latamente discrezionale, quanto piuttosto una prerogativa consentita e garantita dall'ordinamento, se ed in quanto non pregiudicasse patrimonialmente, *ultra modum*, l'altro contraente.

A tutela, in via mediata, così di interessi generali sovrapersonali, Diocleziano (che appositamente intervenne sul valore monetario) definì nel cd. *Edictum de pretiis* autoritativamente la proporzionalità *merx – pretium* entro un intervallo di misura, perché i costi fossero

²⁰ A. WACKE, *Circumscribere*, cit., 23 ss.; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 1 ss. Cfr. l'opinione di S. TAFARO, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 571 s., che definisce «pandettistica» la posizione di studiosi come Pernice, Perozzi, Bonfante che, reagendo al dogma della volontà – pandettistico – rilevarono che il contratto romano si impernia più sul vincolo che sul consenso.

²¹ E. LO CASCIO, *La dimensione finanziaria e monetaria della crisi del III secolo d.C.*, in *Studi Storici*, Roma, 2008, 877.

realisticamente il controvalore attuale delle *res*, cui tutti potessero accedere.

Diocleziano, dunque, non svilì la tradizionale autonomia di *convenire quantum pretii* pur interferendo di fatto nella cd. *substantia contractus* (Pap. 10 *quaest.* D. 18.1.72 pr.), ma (alla luce del divenire dei rapporti sociali e economici il cui contenuto è ontologicamente mutevole) ne affermò (riecheggiando in certo qual modo la *iustitia nostrorum temporum* traianea), la necessaria e doverosa conformità all'ordinamento²².

I precedenti della disciplina in tema di rescissione si riconoscono in due costituzioni – della cui paternità attribuita dai Compilatoria a Diocleziano e del cui tenore originario si discute – C. 4.44.2 e C. 4.44.8 introduttive della cd. *laesio enormis*²³, conservate nel titolo C. 4.44, *De rescindenda venditione*²⁴.

C. 4.44.2, redatta, come ipotizzato, dal *magister libellorum* Gregorio già membro dell'ufficio *a libellis* di Carino, è data il 28 ottobre del 285 in risposta al libello di un certo Aurelio Lupo²⁵ in

²² In questa direzione P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, in *Labeo*, 46, 2000, 419, afferma che: «si cominciava [...] a sentire l'esigenza – in casi eccezionali e per superiori ragioni di giustizia ed equità – di infrangere quelle che erano le più comuni ed elementari regole vigenti in materia di libertà negoziale», sebbene, poi, mostri di riferire *ratione iuris* siffatta determinazione al solo ambito interpretativistico ritenendo che «Si andava cioè affermando una nuova e più ampia visione giuridica per cui anche l'intangibile arbitrio delle parti contrattuali poteva subire delle limitazioni giustificate dalla necessità di evitare eccessivi squilibri patrimoniali tra di esse».

²³ La bibliografia è vasta: un ragguaglio degli studi è in M.V. BRAMANTE, *Statutum de rebus venalibus. Contributo allo studio dell'Edictum de pretiis di Diocleziano*, Napoli, 2019, 365 ss.

²⁴ Non venne contemplata la *rescissio ultra dimidium* nel Digesto sotto il Titolo D. 18.5, *De rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere*.

²⁵ C. 4.44.2: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. AURELIO LUPO. *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor*

tema di vendita – fatta dal richiedente o conclusa dal *pater* (*tu vel pater tuus [...] distraxerit*) a più compratori (*emptoribus*) – di un *fundus*, che, pur avendo un costo maggiore (*res maioris pretii*), è stata alienata ad un costo inferiore (*distrahere minoris pretii*). Della *quaestio iuris* non vi è traccia, ma è facile congetturare riguardi la petizione di tutela, sull'efficacia del negozio, per la minor somma riscossa a titolo di prezzo in confronto di quella reale. Le *solutiones* sono astrattamente due. Dicono gli imperatori: «*humanum est*» che o, restituendo il richiedente, o il di lui padre, il prezzo all'acquirente, recuperi con l'intervento del giudice (che qui è il *index pedaneus*) la proprietà del fondo venduto, oppure, se il compratore lo ritiene preferibile, riceva il *venditor* la somma integrativa mancante al giusto prezzo (*iustum pretium*).

Concludono Diocleziano e Massimiano con una vera e propria regola, frutto di un più generale giudizio di valore (*videtur*): il prezzo, infatti, viene detto, si considera inferiore (*minus autem pretium esse*) se non è stata pagata nemmeno (*nec*) la metà (*dimidia pars*) del vero prezzo (*verii pretii*).

Aurelio Lupo, dunque, forte del rescritto imperiale, se avesse dimostrato che il prezzo pagato per la vendita del fondo era stato minore della metà del giusto prezzo, avrebbe potuto ottenere in sede giurisdizionale la *restitutio in integrum*, rientrando nella piena titolarità del bene.

Sempre della compravendita di un fondo conclusa ad un prezzo basso, ma non inferiore alla metà rispetto al valore reale in un affare non caratterizzato dal perturbamento della volontà dell'alienante ad opera dell'*emptor*, si occuparono otto anni dopo, nel 293 d.C., gli stessi Diocleziano e Massimiano nella costituzione C. 4.44.8 del 1°

elegerit, quod deest justo pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars verii pretii soluta sit. PP. V. K. NOV. DIOCLETIANO A. II ET ARISTOBULO CONSS.

dicembre, e indirizzata ad una tale Aurelia Evodia²⁶, a fronte della cui volontà il figlio ne vende il fondo. Della *quaestio iuris*, anche qui, non vi è traccia, e, pur tuttavia, è agevolmente desumibile.

Alla domanda sulla validità del negozio di vendita del bene ad un prezzo, di poco, inferiore a quello corrente, gli imperatori rispondono che ciò è insufficiente per rescindere il negozio, precisando, in punto di diritto (con una tensione motiva) che sorregge la caducazione del vincolo (*ne habeatur rata venditio*) il dolo del compratore, provati astuti raggiri e altre insidie (*dolus ex caliditate atque insidiis emptoris argui debet*), o il manifesto fondato timore dell'alienante di incorrere nella morte o in ingiuste sofferenze fisiche.

La decisione sembrerebbe, fin qui, completa e non bisognevole di ulteriori argomentazioni: il caso pratico è risolto richiamando i vizi del consenso che inficiano la validità del negozio.

Non sussistendo *dolus* o *metus*, la vendita ad un prezzo, di poco, più basso rispetto a quello da praticare è pienamente valida ed inidonea a rescindere il contratto, e, fin qui, appare evidente che non c'era ragione per conservare, da parte dei Giustinianeî, questo rescritto, del tutto conforme alle altre decisioni sui *vitia voluntatis* date da Diocleziano e giustappunto inserite nel titolo.

²⁶ C. 4.44.8: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. AURELIAE EUODIAE. *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venum dedit, dolus ex caliditate atque insidiis emptoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si videlicet contractus emptionis atque venditionis cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones paulatim venditione de eo, quod petierat, detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem; nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.* D.K. DEC. AA. CONSS.

Tuttavia, la *lex octava* reca, subito dopo, la ragione giuridica da cui è scaturita la decisione: il principio della libera contrattazione del prezzo nel negozio, improntato a buona fede, consente la vendita sottocosto, ma – e qui sta l'intervento diocleziano a ricondurre all'equilibrio tra loro le prestazioni sul presupposto che ciò sia di interesse particolare, e, di riflesso, generale – la misura del sottocosto non può eccedere, però, la metà del costo reale. Se ciò avviene, il vincolo negoziale può essere rescisso, salvo il pagamento dell'integrazione del prezzo.

Precisano gli imperatori, infatti, che è generalmente consentito nella compravendita vendere a prezzo alto e comprare a minor costo e che, dopo lunghe trattative e discussioni e ragionamenti, i contraenti possono vicendevolmente venirsi incontro, via via l'uno aumentando l'offerta e l'altro sottraendo qualcosa alla sua richiesta, e convenire tra loro un certo prezzo anche inferiore.

La buona fede che impronta di sé l'accordo di scambio, avvertono i rescriventi, non tollera né qualche altra ragione consente la rescissione del vincolo dopo la formazione del contratto basato sul detto consenso, o nell'immediatezza o *post pretii quantitatis disceptationem*.

Se, dunque, la somma concretamente pagata (*datum est*) è meno della metà del giusto prezzo che al tempo della vendita fu concordato, si può però rescindere il contratto, mantenendo ferma, per il compratore, la facoltà – a questi già garantita (*emptori iam praestanda*), e qui si coglie il riferimento alla *lex secunda* del titolo C. 4.44 – di procedere all'integrazione del prezzo.

I rescritti diocleziane conservati in C. 4.44.2 e C. 4.44.8 in tema di *emptio-venditio fundi* non avevano portata generale essendo formalmente regola del caso concreto *si preces nituntur*: tuttavia, in queste decisioni i tetrarchi stabilirono la *firmitas* del negozio se non fosse stato convenuto un corrispettivo inferiore alla *dimidia pars* del *pretium*, detto, nella *lex secunda*, *verum*, nel qual caso il *pretium solutum* andava integrato, sulla base della determinazione del *iudex*, della

somma *quod deest* per arrivare così al (totale giudizialmente accertato del) *iustum pretium* da parte dell'*emptor* che volesse evitare la rescissione riconosciuta al *vendor*. Analogamente, in C. 4.44.8 il pagamento (*datum est*) di una somma inferiore alla *pars dimidia pretii iusti* è considerata idonea a sorreggere la rescissione, *electione iam emptori praestita servanda*.

Diocleziano implementa, così, la disciplina della validità delle vendite *inter privatos*, poiché, per la rescissione del vincolo, accanto alla «dimostrazione di altre cause incidenti sulla determinazione del prezzo che potessero trovare conferma nella tradizione del *ius vetus*»²⁷ (secondo le regole consolidate dalla *interpretatio prudentium* o codificate nell'editto del pretore), individua anche il criterio oggettivo della misura della metà del *pretium rei*, da calcolarsi contabilmente in relazione al corrispettivo apprezzato nel merito e con autonomia decisionale da parte del *iudex*, cui era riconosciuto il potere di definire il *pretium verum et iustum* quando il compratore intendesse caducare il vincolo.

Non fissa Diocleziano criteri unitari di stima del valore del fondo ovviamente in considerazione del fatto che molteplici erano i fattori che concorrevano nella determinazione del corrispettivo.

Cosa intendesse Diocleziano per *pretium iustum* e *pretium verum* è un tema che ha molto interessato gli studiosi.

In estrema sintesi, posto che già nell'idea indoeuropea al concetto di giusto²⁸ si riconnette strettamente quello di 'vero', e che fino al diffondersi dei termini *realis* e *realitas* il termine *verum*

²⁷ R. CARDILLI, *Alcune osservazioni su leges epiclassiche e interpretatio: a margine di Impp. Diocl. et Maxim. C. 4,44,2 e C. 4,44,8*, in ID., *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2004, 115 ss., spec. 134; P. LAMBRINI, *C. 4.44.2 e 8: rescissione per lesione enorme o restitutio in integrum propter aetatem?*, in *QLSD*, 8, 2018, 277 ss., spec. 291.

²⁸ R. FIORI, *Bonus vir. Politica, filosofia, retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011, 84 ss.

(come anche *iustum*) è impiegato per esprimere la realtà²⁹, è stato sostenuto che in C. 4.44.2 il *pretium verum*³⁰ sarebbe sinonimo di *pretium iustum*³¹, e, ancora, si è detto che il «*pretium verum*» indicherebbe della merce un valore effettivo, non apparente, non falso o non finto, o non simulato, o che indicasse il costo realmente concordato e non pagato integralmente (facendone derivare, per l'effetto che non è *verum* il *pretium* inferiore che determinava, a causa dell'inflazione dell'epoca, un danno a carico del venditore); si è parlato di volgarismo giuridico³² e notato una certa tendenza moralizzante dei Compilatori per volontà di Giustiniano: *iustum*, d'altro canto, indicherebbe esclusivamente il prezzo conforme al *ius* anche derivante da una stima conforme al valore reale della cosa *ope iudicis*, o il costo stabilito nelle tariffe legali in senso tecnico³³, richiamerebbe il segno della riflessione giurisprudenziale antecedente o sarebbe frutto di un rimaneggiamento del brano, o,

²⁹ C. MASI, *Per una Storia della verità giuridica*, I, in *Veritas e Ius. Per una Storia della verità giuridica*, a cura di C. Cascione e C. Masi, Napoli, 2013, 3; A. ERNOUT, A. MEILLET, voce *Res*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 571; A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce *Res*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*⁵, II, Heidelberg, 1954; AE. FORCELLINI, voce *Res*, in *Lexicon Totius Latinitatis*, IV, R-Z, Patavii, 1945.

³⁰ C. MASI, *Per una Storia*, cit., part. 2-4.

³¹ A. ERNOUT, A. MEILLET, voce *Iustum*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, Paris, 1959, 329; M.J. GARCÍA GARRIDO, voce *Iustum*, in *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, 2000, 201; G. DONATUTI, *Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Perugia*, 33, 1921, 377-437; A. CARCATERRA, *La giustizia e il diritto nella storia del diritto romano*, Bari, 1946; S. LAZZARINI, *Ius, Iustitia: etimologia e definizioni nei giuristi romani*, in *Dispense del Corso. Le parole della fede. Dall'esperienza classica alla sapienza cristiana*. Milano, 5-22 ottobre 1993, a cura di A. Valvo, Milano, 1994, 102 ss.

³² AE. FORCELLINI, voce *Verus*, in *Lexicon*, IV, R-Z, Patavii, 1945, 765.

³³ A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*⁷, Pamplona, 1989.

³³ J. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in *ZSS*, 42, 1921, 265, nt. 1.

ancora, sarebbe sintomatico di una influenza cristiana³⁴ sui compilatori.

Plurimi usi linguistici dei due aggettivi, nella lingua latina è attestata l'interscambiabilità di *iustum* e *verum*, ed in particolare la possibilità di usare *verus* col significato di giusto³⁵, per indicare il reale valore di una cosa, già avvertito dai giuristi, come ci testimonia

Ulp. 14 *ad ed.* D. 35.2.42: [...] *aestimatio pretii rerum ex veritate facienda*.

Dal momento che giustezza e veridicità sono riferibili al *pretium fundi*, deve ritenersi che *iustum* e *verum* in C. 4.44.2 e C. 4.44.8, al di là della convenienza dell'affare, non possono non esprimere, in punto di diritto, i caratteri indefettibili propri del rapporto di valore dello scambio, giuridicamente rilevante, in termini di meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento, i quali, in caso di controversia, devono essere apprezzati *ope iudicis*.

Analogamente, quanto all'uso di *iustum* da parte della cancelleria diocleziana, risulta dall'editto *de rebus venalibus* del 301, che il lemma non è riferito ad un corrispettivo unitario della *res*, predeterminato ed immodificabile, ma a una somma che esprime il valore di mercato del bene secondo la logica della domanda e dell'offerta *ratione loci* in base alla produzione di beni e servizi:

³⁴ Particolarmente, E. ALBERTARIO, *Iustum pretium et iusta aestimatio*, in *BIDR*, 31, 1921, 403 ss.; M. NACCI, *La cultura giuridica nei rapporti Chiesa-Stato. L'esempio offerto dal 'ius publicum ecclesiasticum'*, in *KOINONIA*, 41, 2017, 119 ss.

³⁵ E. BAER, voce *Iustus*, in *ThLL*, VII, Lipsiae, 1936, 718 e 727; C.T. LEWIS, C. SHORT, *A Latin Dictionary*, New York-Oxford, 1891, 1978 s., dove '*Iustum*' esprime il concetto di «true, real, actual, genuine [...] Like *rectus*, consonant with reason or good morals, *id est* right, proper, fitting, suitable, reasonable, just (Cic. *de leg.* 3.15.34)», e '*Iustus*' «just, upright, righteous, equitable, just, lawful, rightful, true (p. 1020)».

Praef. linn. 108-111: [...] non pretia venalium rerum – neque enim fieri id iustum putatur cum plurimae interdum provinciae felicitate optate vilitatis et velut quodam affluentiae privilegio glorientur.

Se ne ricava che *iustum* è un valore di prezzo non fisso, bensì variabile e contingentato nel massimo, proprio per garantire l'oscillazione dei costi in base alla produttività locale. In questo senso il *pretium iustum* può anche dirsi reale, in quanto effettivamente equivalente, proporzionato, corrispondente: il che, in latino, si esprime con *verum*.

Più in generale possiamo dire che in diritto romano era ammissibile una vendita sottocosto ed un acquisto sovrapprezzo; si riconosceva, in altri termini, nella *libera conventio pretiorum* il *medium* degli opposti interessi dei contraenti, pur quando determinava una sperequazione di valore *res-pretium* e, dunque, un disequilibrio delle reciproche prestazioni negoziali, con l'avvantaggiarsi economico di uno solo dei contraenti. Diocleziano – sicuramente mosso dalla volontà di fronteggiare il rincaro del costo della vita, e di evitare la dismissione anche del patrimonio immobiliare per procurarsi liquidità col conseguente abbandono delle campagne e il diffondersi del latifondo – intendeva affermare, in C. 4.44.2 con *pretium verum*, ai fini della stabilità del negozio che non era ammissibile disancorare del tutto il valore intrinseco del fondo dalla fisiologica fluttuazione del suo prezzo.

In questa prospettiva C. 4.44.2 dimostrerebbe che si pose, nella pratica (e venne risolta col rescritto ad Aurelio Lupo) la questione della liceità della *conventio pretiorum* nella vendita sottocosto.

La riflessione giurisprudenziale della cancelleria imperiale si sarà interrogata se, in tema di negozio giuridico, ogni ammontare del prezzo concordato più basso rispetto al controvalore del bene praticato *ratione loci* fosse tout-court idoneo a perfezionare il vincolo negoziale, e rendere il negozio meritevole di tutela secondo l'ordinamento, oppure, se ciò non fosse, quale fosse il rapporto di

equilibrio economico-patrimoniale tra le prestazioni e, dunque, *quantum pecuniae pretii loco* fosse suscettibile di compromettere la *firmitas negotii*.

Diocleziano, escludendo logicamente la prima possibilità che avrebbe favorito posizioni contrattualmente dominanti, codifica, d'autorità, in C. 4.44.2, il rapporto tra la *res maioris pretii distracta minoris pretii* ed il *pretium solutum* perché il contratto resti valido; fissa una corrispondenza ideale di valore tra la *res* e il relativo *pretium*, cristallizzando il criterio quantitativo della 'misura' della *pars dimidia*.

È valida la vendita sottocosto del fondo, se il *pretium solutum* è pari o superiore alla metà del valore corrente del *pretium verum*, che costituisce, di per sé, il parametro (di calcolo sulla base della *lex secunda* da convenirsi tra i contraenti) per apprezzare la sostanziale conformità alla legge del negozio di scambio e che va, in sede processuale, opportunamente apprezzato dal giudice chiamato a stimare la *res* e determinarne così il corrispettivo (e, di qui, la somma che l'*emptor* dovrà ulteriormente pagare al venditore per il saldo del totale accertato): si ristabilisce così la sinallagmaticità della vendita. La qualificazione *iustum* indicherebbe così il vero prezzo di mercato. Che alla definizione di detta misura, il *pretium iustum*, si addivenga giudizialmente ciò è una mera eventualità, se ed in quanto esso non sia stato diversamente convenuto tra le parti.

Otto anni dopo la promulgazione del rescritto del 285 in C. 4.44.8, al fine di evitare la caducazione del negozio, la regolamentazione della *conventio pretii minoris* avviene sulla base del *pretium medium*, che è testualmente indicato come la *pars dimidia pretii iusti*.

Rigettando le conclusioni probabilmente rassegnate dallo stesso petente nel *libellus*, in questa decisione, e nel decidere per la piena validità della vendita sottocosto in difetto del concorso di altri vizi, la cancelleria molto chiaramente fa intendere che rispetto al *pretium* praticato di cessione (*pretium datum*) un corrispettivo ricompreso tra

la *pars dimidia pretii* e il *pretium* finale, così come calcolato dal giudice stante la controversia sul punto, non è un *minus pretium*, cioè al di sotto della metà del prezzo.

In questa costituzione, la cancelleria avvertì l'esigenza di articolare l'argomentazione giuridica in maniera più diffusa, richiamando la buona fede ed i vizi del volere.

È importante ricordare i contenuti di C. 4.44.12, con cui Diocleziano e Massimiano affermavano che lo stato di necessità o l'urgenza per imminente morosità, non potevano essere addotti per ottenere la caducazione della vendita, qualora questa non fosse avvenuta *viliore pretio*: se ne ricava *a contario* che se il corrispettivo concordato fosse stato un *vilius pretium* la rescissione sarebbe stata accordata.

A mio avviso, *sub specie iuris privatorum* le costituzioni del 285 e del 293 rivelano una certa sensibilità della riflessione giurisprudenziale, in seno al consiglio di giuristi vicini all'imperatore ed alla cancelleria a cogliere, con l'adozione degli attributi *verum* e «*iustum*» del *pretium rei*, le due connotazioni fisionomiche del corrispettivo del bene in piena conformità all'insegnamento classico, e ciò nell'introdurre, sia pure astrattamente, un *pretium legitimum* consistente in un *modus pretiorum minus*, che era il *pretium medium*, idoneo a sorreggere causalmente la *firmitas negotii*.

In altri termini, l'ammontare del costo doveva tendere al più realistico ed equivalente valore di mercato della *res* in conformità all'ordinamento, e l'introduzione del *modus* legale, atteso l'insegnamento classico che «*Valet venditio et statim impletur*» quando «*habet certum pretium*», costituirebbe il parametro della legittimità del negozio di scambio e, al contempo, lo strumento giuridico appositamente introdotto per indirizzare, secondo buona fede, l'esplicazione della libertà negoziale nell'ambito dell'autonomia riconosciuta dall'ordinamento.

Chiaramente, le leggi dioclezianee non sono rappresentative del momento processuale e dello studio da parte dei *iuris periti*, quello in cui la questione di fatto diviene *quaestio iuris* in sede di destrutturazione della fattispecie, di interpretazione e di accertamento della volontà negoziale, ieri come oggi, per tornare al caso, e apprezzare se la volontà è frutto di una libera determinazione, o riconducibile ad uno dei vizi del volere tipici ovvero a un perturbamento dovuto a uno stato di vulnerabilità, e se questo fosse noto e di questo si fosse approfittati, per poi proporre la *solutio* ritenuta opportuna.

Se nell'esperienza romana, a quanto apprendiamo dalla *lex secunda* e dalla *lex octava*, la sproporzione tra le prestazioni costituisce elemento di per sé sufficiente nella misura prevista per rivedere, su istanza dell'acquirente, la validità e l'efficacia del negozio, a prescindere dall'approfittamento, sarà proprio la verifica dell'intervenuto approfittamento al fine di trarne un vantaggio l'elemento essenziale ex art. 1448, comma 2, cod. civ. per accedere al rimedio rescissorio, pur in presenza di un disequilibrio negoziale qualificato nella *pars dimidia*. La legislazione codicistica italiana, infatti, pur recuperando l'eredità romanistica nella sua maturazione scientifica nel corso dei secoli, porrà la volontà e la sua genesi a base della disciplina negoziale, tanto nella fase fisiologica quanto nella fase patologica.

Diocleziano implementa, così, la disciplina della validità delle vendite *inter privatos*, poiché, per la rescissione del vincolo, accanto alla dimostrazione di [altre] cause incidenti sulla determinazione del prezzo che potessero trovare conferma nella tradizione del *ius vetus*» (secondo le regole consolidate dalla *interpretatio prudentium* o codificate nell'editto del pretore).

2.1. *La lex duodecim del titolo C. 4.44 De rescindenda venditione*

Nel titolo del *Codex* la *lex duodecim* è dettata in tema di vendita avvenuta per ragioni di necessità indefettibile, per stato di bisogno per sopportare spese indefettibili o a causa di un debito in scadenza o scaduto.

Il testo della costituzione, non esente da dubbi di genuinità, è molto noto:

C. 4.44.12. IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA ET CC. ANTIOCHO: *Non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumptibus necessariis urgentibus non vilioris pretii vel urgente debito te distraxisse contendis, rata manere debet. Illicitis itaque petitionibus abstinendo ac pretium, si non integrum solutum est, petendo facies consultus*³⁶.

³⁶ Per S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *BIDR*, 31, 1921, 51 ss., «è insiticio *vel urgente debito*» in considerazione che una sola poteva essere la ragione per la quale, nel libello, si richiedeva l'invalidazione della vendita (sebbene si possa a contrario congetturare che la necessaria spesa urgente sia stata proprio il pagamento di un debito e per sopperire al *munus*, e che in sede rescrittiva sia stata distinta, dalla scadenza dell'obbligazione, la spesa necessaria) e, che «*non vilioris pretii*» sarebbe un'evidente interpolazione aggiunto «dalla stessa mano che in C. 4.44.8 e 15 ha inserito *paulo*», e continua: «se il petente avesse venduto per un prezzo giusto, non si sarebbe lamentato della distretta economica che l'aveva messo nella necessità di vendere: ma, poiché si querela, è chiaro che pensa di aver concluso un cattivo affare. Tuttavia l'imperatore gli negava la rescissione; mentre avrebbe dovuto decidere diversamente, se avesse badato alla viltà del prezzo» (p. 54). Per K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *IVRA*, 12, 1921, 40 ss. (cfr. ID., *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römianistischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA*, 16, 1969, 366 ss.) va inteso come coordinazione congiuntiva il *vel* tra «*non vilioris pretii*» e «*urgente debito*»: la *lex* affermerebbe la *firmitas venditionis* quando l'alienante dichiara di aver venduto sotto costo il fondo per far fronte a spese urgenti, e non agisca per il basso prezzo tout-court o in ragione del debito urgente, ma per la risoluzione di una vendita sottocosto per sé, in relazione al valore del bene. Con ciò, aggiunge l'autore, il testo sarebbe in linea con C. 4.44.2 e C. 4.44.8, che sarebbero quindi

Gli imperatori Diocleziano e Massimiano affermano che lo stato di necessità o l'urgenza sono inidonei a caducare la vendita se l'alienazione del fondo non è avvenuta *vilius pretii*.

Il contratto resta in vita pur se alla vendita del fondo si è addivenuti per ottenerne liquidità con cui affrontare spese necessarie ed urgenti o per estinguere un debito in scadenza, a meno che la cessione non sia avvenuta *vilius pretium*, ma ad un *pretium vile*.

Ai fini del riconoscimento del rimedio della rescissione non rileva la condizione di difficoltà economica di chi vende – che ben potrebbe essere transeunte –, ma il fatto che l'alienazione sia avvenuta ad un prezzo eccessivamente basso.

La legge mi sembra coerente con la disciplina diocleziana della rescissione a tenore della quale non incide sulla *firmitas negotii* lo

genuini. Per P. ZILLOTTO, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e laesio enormis*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni in diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 435, nt. 46, «senza poter nascondere le difficoltà poste dal tenore attuale della costituzione, specie per la posizione del *vilius pretii*, e condividendo senz'altro l'idea che il *vel* congiunga *sumptis necessariis urgentibus* e *urgente debito*, si potrebbe forse avanzare una ulteriore ipotesi. A tal fine occorre tenere in considerazione l'ultima parte del testo, dove gli imperatori rispondono «*Illicitis itaque petitionibus abstinendo ac pretium, si non integrum solutum est, petendo facies consultius*». Se si tiene conto di questa risposta, non è da escludere che Antioco si sia rivolto agli imperatori per chiedere l'invalidazione di una vendita effettivamente fatta a prezzo vile, lamentando però il fatto che il compratore non gli avesse poi pagato l'intero prezzo concordato, prezzo di cui lui aveva particolare bisogno dal momento che si era deciso a vendere per far fronte a spese necessarie e urgenti (o per far fronte a un debito urgente). Gli imperatori avrebbero perciò risposto che la vendita fatta in queste condizioni deve restare valida, e che quindi (*itaque*) il richiedente agirà con maggiore accortezza astenendosi da pretese illecite (quali appunto l'invalidazione del contratto per inadempimento) e domandando il prezzo non pagato dal compratore. Cfr. P. LAMBRINI, *Le norme di diritto privato: i contratti e la rescissione per lesione enorme*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. Eck e S. Puliatti, Pavia, 2018, 513-514.

stato di necessità o di bisogno cagionato da una imminente esposizione debitoria significativa, rimettendo in sede decisoria, *ratione actus*, la verifica che il *pretium vilius* fosse un *pretium* inferiore alla *dimidia pars* e, dunque, un *minus pretium* idoneo a caducare il vincolo negoziale oppure, se così non fosse, la cessione sarebbe avvenuta almeno al *pretium medium*.

Il legislatore avrebbe così riconosciuto il rimedio rescissorio quando l'alienazione cui il venditore era addivenuto per stato di necessità, per condizione di bisogno economico contingenti, si caratterizzava per la corresponsione di un corrispettivo eccessivamente basso.

Se ne ricava in via interpretativa che la vendita del bene immobile sottocosto pur astrattamente ammissibile era rescindibile se fosse avvenuta, in relazione all'introdotta criterio della *pars dimidia*, ad un prezzo non inferiore al valore reale, al *pretium verum*, nel qual caso si determinava uno squilibrio tale da rendere non sinallagmatiche le prestazioni.

Si conferma così il principio della libertà negoziale di convenire il *quantum pretii* e di accettare un controvalore inferiore del bene, pur in presenza di una condizione di difficoltà patrimoniale, oggettiva dell'alienante, del tutto verificabile. Di per sé lo stato di bisogno non sorreggeva la caducazione del vincolo, che restava saldo, pur in presenza della conoscenza dell'altra parte di questa condizione.

Il tenore della legge è chiaro: il rimedio rescissorio non è accordato pur versando l'alienante in una condizione di scarsa liquidità, per far fronte alla quale ha venduto l'immobile, attesa la necessità – imprescindibile – di provvedere a spese indifferibili.

Nella *lex duodecim* si intravede il precedente storico più diretto della disciplina civilistica in tema di rescissione per stato di bisogno, di cui all'art. 1448 cod. civ.

Pur senza sussistere – perché non risulta nel testo, come invece in C. 4.44.12 – in C. 4.44.2 e C. 4.44.8 una situazione di necessità e

di bisogno del venditore, ad una serena valutazione dell'affare, dopo la *datio aut solutio pretiorum*, il mantenere ferma un'offerta di «*pretium sub pretii parte dimidia*» o comunque riuscire ad ottenere, senza sorta di astuzie e inganni, una somma inferiore al «*pretium medium*» appare un contegno non tollerabile un negozio di buona fede improntato allo scambio, sinallagmatico, e che definisce un assetto economico di sfavore per alienante, la cui sfera patrimoniale è di fatto lesa.

Quid iuris? Sussiste, da questo punto di vista, a mio modo di vedere, una peculiare violazione della buona fede: la finezza dell'abilità negoziale ha sconfinato il limite della correttezza *in contrabendo*, che, indubbiamente, rivela un atteggiamento avaro del compratore, tendente ad incamerare beni di valore con minore spesa, per trarne economicamente maggior profitto.

Si dovette assistere, forse, nella pratica, a negozi di alienazione caratterizzati da un oggettivo disequilibrio sinallagmatico delle prestazioni, più o meno significativo che non era strettamente associato ad una logica dell'altrui approfittamento, della conoscenza di uno stato di bisogno oppure indotto da contegni riconducibili a dolo, violenza morale o coazione fisica.

Pervennero, allora, tra le altre, agli imperatori le petizioni di giustizia di chi avesse venduto ad un costo così basso da essere addirittura corrispondente a meno della metà di quello comunemente reale della cosa, e tra questi terreni, il cui spopolamento si cercava già da tempo di ostacolare.

La logica dell'elaborazione giurisprudenziale in seno alla cancelleria imperiale consigliò allora di definire concretamente il metro di conformità all'ordinamento di questi negozi, che ledevano, in via diretta ed immediata l'interesse individuale dell'altro contraente, ma si ponevano, seppure in modo mediato, anche in contrasto con la *salus rei publicae*, per il potenziale sovversivo insito che stati di povertà, indigenza, disagio sociale, diseguaglianze erano in grado di suscitare.

Si susseguirono, risulta bene dal numero di costituzioni ascrivibili a Diocleziano, una serie nutrita di decisioni (ricomprese *sub* C. 4.44, C. 2.20.5, C. 2.28.1, C. 2.32.1, C. 2.36.1; cfr. D. 4.4.9 pr.) volte a sanzionare il disequilibrio negoziale, e, dunque, quei contratti caratterizzati da prestazioni tra loro oggettivamente non equivalenti, e su questi atti di normazione si stratificò, come è facile congetturare, molto probabilmente, la riflessione nella prassi forense.

Ai Tetrarchi non interessava immobilizzare le relazioni negoziali ed i traffici (che avrebbe portato ad altre ed ulteriori storture del sistema economico-monetario già in affanno), ma attendere ad azioni legislative volte a dare risposte concrete ed effettive alla domanda di giustizia ad essi rivolta (e proprie di una rinnovata concezione del potere che ponendo gli imperatori, nella loro divinità, a genitori dell'umanità stessa, dispensatori di giustizia moderatrice, li elevava anche al ruolo di custodi dell'interesse collettivo).

3. La rescindibilità del vincolo negoziale a motivo di pericolo e bisogno nelle compilazioni anteriori al Codice civile italiano del 1942

Nell'esperienza giuridica romana sono i primi precedenti del rimedio rescissorio, alla cui definizione, anche sulla base dell'influsso della pandettistica, il legislatore italiano approda nel 1942 all'esito delle esperienze giuridiche del Code civil napoleonico e delle altre codificazioni, del codice preunitario, e del progetto italo francese per l'armonizzazione nell'epoca della ricodificazione in tema di obbligazioni nel 1927.

Di necessità si impone di prendere le mosse dalla riflessione giuridica medievale e post-medievale, caratterizzata da una logica protezionistica ed anticoncorrenziale in campo economico, che si traduceva nell'ordinamento corporativo e mercantile nella

determinazione di tariffe di beni e servizi offerti dai consociati, nell'imposizione di dazi doganali e nei regimi di monopolio.

Il fondamento, tomistico, del giusto prezzo cederà il passo, a partire dalla seconda metà del Settecento al principio della libertà economica più sensibile all'apprezzamento del potere contrattuale del singolo contraente.

Il Code Napoleon costituisce il modello per il Codice civile e del commercio del 1865.

Nella *Relazione* al Consiglio, nella sessione del 7 piovoso anno XII, il 28 gennaio 1804, Napoleone presentava il rimedio rescissorio come uno strumento di difesa in tema di proprietà fondiaria «del povero oppresso contro l'uomo facoltoso, che per ispogiarlo abusa della occasione e della sua ricchezza»³⁷, a tutela quindi del solo venditore nelle compravendite immobiliari, forte della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, che aveva solennemente declamato la inviolabilità e la sacralità della proprietà.

La rescissione sarà, quindi, accolta nella codificazione: disciplinata nell'art. 1118, viene collocata tra i vizi del consenso, e in sede di interpretazione ricondotta all'errore determinato dall'altrui inganno, al dolo e alle forme di violenza che si traducono nell'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, noto al compratore³⁸ nei contratti di divisione, vendita e quelli conclusi dai minori d'età.

³⁷ Mentre il venditore «è costretto dal bisogno» ed «ha spogliato la sua famiglia, il compratore al contrario era perfettamente libero; nulla lo forzava a comprare; egli ha tutti i vantaggi del contratto»; il venditore, proprietario di un unico bene, alienandolo «impoverisce la sua intera posterità», riducendola in miseria, laddove il compratore «non ispoglia la sua famiglia», ma «consolida al contrario il patrimonio che le lascia»: il discorso è in G. LOCRI, *Legislazione civile commerciale e criminale*, trad. it. di G. Cioffi, Napoli, 1841, 104.

³⁸ G. LOCRI, *Legislazione*, cit., 66.

Robert Pothier aveva sostenuto la doverosità nei contratti commutativi dell'equivalenza oggettiva delle prestazioni, e di fronte al tema dell'approfittamento dello stato di bisogno in questo tipo di negozi, pur ritenendo che ogni lesione, per quanto minima, rendesse iniquo il contratto, viziandolo, e imponesse all'autore il dovere 'morale' di rimediare allo squilibrio, ha sorretto l'accoglimento del criterio del *dimidium* a tutela del traffico giuridico, parlava di sicurezza e libertà del commercio³⁹.

³⁹ R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it. di G. Foramiti, Livorno, 1841, 66, 228, 537, aveva postulato la necessità essenziale nei contratti commutativi, dell'equivalenza oggettiva delle prestazioni rinvenendo il fondamento soggettivo del rimedio nell'errore del venditore sul valore o nell'approfittamento del suo stato di bisogno da parte del compratore. Scriveva: «benché ogni lesione, per piccola che sia, renda iniquo e per conseguenza vizioso il contratto» ed imponga al lesionario il dovere morale di rimediare allo squilibrio, «è stato saviamente stabilito per la sicurezza e la libertà del commercio» che la lesione costituisca motivo di rescissione soltanto se *ultra dimidium*; «nelle convenzioni dee sempre regnare l'equità; donde ne segue che nei contratti bilaterali quando uno dà o fa qualche cosa per riceverne una altra in prezzo di ciò che dà o fa, la lesione che uno de' contraenti viene a soffrire, quando anche l'altro non abbia praticato alcun raggirio per ingannarlo, basta per se stessa a render vizioso il contratto; perché, in fatto di commercio, consistendo l'equità nell'eguaglianza, quando l'eguaglianza più non esiste, e l'uno de' contraenti dà più di quel che riceve, il contratto è vizioso, come peccante contro l'equità che dee regnarvi. D'altronde il consenso della parte lesa è imperfetto, perché essa non ha inteso di dar ciò che ha dato nel contratto, se non nella falsa supposizione che ciò che veniva a ricevere in cambio valesse altrettanto di ciò ch'essa dava; ed era disposto a non volerlo dare se avesse saputo che ciò che veniva a ricevere valeva di meno [...]. Niuno si presume con facilità voler donare il proprio bene. Quindi allorché alcuno ha venduto un fondo meno della metà del suo giusto valore, di cui esso è informato, deve piuttosto presumersi averlo fatto per procacciarsi del denaro in un urgente bisogno, *urgente rei familiaris necessitate*, che coll'intenzione di esercitare una liberalità verso il compratore. Ora è una ingiustizia dalla parte del compratore di profittare dell'urgente bisogno del venditore per comprare a vil prezzo; e questa ingiustizia deve operare la rescissione del contratto». Sul giurista

Si deve invece a Jean-Etienne-Marie Portalis un embrionale inquadramento del rimedio in relazione alla causa negoziale. Pur riconducendo la rescissione in un vizio del consenso, nella *Sposizione di motivi* del 27 febbraio 1804⁴⁰ riprende le riflessioni che lo avevano occupato durante i lavori preparatori del code civil, osservando che se nei contratti di beneficenza la causa è la beneficenza stessa, negli altri la causa è l'interesse, che identifica nel vantaggio delle parti: concludendo per l'effetto che la corrispondenza del prezzo al valore del bene postula che se ciò non

si veda G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 157 ss.

⁴⁰ Portalis sostenne durante i lavori preparatori del codice nella sessione del 21 neveso anno XII, il 12 gennaio 1803, che «non può esservi obbligazione senza causa», ed osservò che «nei contratti di beneficenza la causa è la beneficenza medesima», mentre «né contratti interessati la causa è l'interesse, ossia il vantaggio» che le parti traggono dal contratto a titolo oneroso. Nella vendita, l'interesse del venditore è ottenere il «prezzo rappresentativo del suo oggetto [...]»; non v'ha causa nella vendita se non quando il valore è proporzionato al valore della cosa venduta. Se quindi esiste una lesione enorme, se il prezzo ed il valor dell'oggetto non han tra di loro veruna proporzione, non vi ha certamente più causa». Portalis individua il fondamento della rescissione in un vizio del consenso, ed in particolare lo costruisce come errore sul valore, affermando che «quando un cittadino si è trovato in tali circostanze che se avesse conosciuta tutta l'estensione della lesione, non avrebbe sottoscritto il contratto, non può quindi dirsi che v'abbia consentito, dappoiché niuno spontaneamente consente a perdite sì rilevanti», ovvero in un presunto stato d'incapacità, e richiama anche il *dolus re ipsa* e l'appropriamento dello stato di bisogno. Portalis, nella *Sposizione di motivi* del successivo 27 febbraio 1804, ritiene lo stato di bisogno del venditore la giustificazione della rescissione, quando sostiene che «Allorché un oggetto è stato venduto a vil prezzo, è impossibile di credere che il consenso del venditore non sia stato necessitato da uno stato di sventura che non gli permetteva né di cercare né di attendere», interrogandosi «Ora la lesione, come il progetto di legge la stabilisce, affinché possa divenire un mezzo di restituzione, non equivale al dolo?», con ciò considerando il venditore leso *deceptus ultra dimidiam partem* e, quindi, la lesione come effetto del dolo o della frode del compratore. I discorsi sono in G. LOCRE, *Legislazione*, cit., 129.

è il contratto non ha causa, e *a fortiori* in presenza di una considerevole sproporzione assunta a parametro legale di misura della conformità all'ordinamento (aumentata a sette dodicesimi).

La disciplina del Codice napoleonico recepisce, in dettaglio, dal diritto comune, l'impianto prevedendo l'inefficacia della rinuncia all'azione contenuta nel contratto quantunque il venditore avesse dichiarato di donare la differenza tra prezzo e valore (art. 1674); la stima della lesione al momento della vendita (art. 1675) ad opera di un collegio di tre periti, nominati dal giudice, che avesse ritenuto astrattamente fondata la domanda, in difetto di accordo tra le parti sulla designazione, tenuti a deliberare a maggioranza (artt. 1677-1680); l'esperibilità dell'azione anche nei confronti del terzo cui la *res* fosse pervenuta (trovando applicazione la regola *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*) e la prescrizione biennale dell'azione (art. 1676); il pagamento del supplemento dovuto per evitare la rescissione, anche da parte del terzo avente causa (artt. 1681 e 1682).

Il Codice civile austriaco, entrato in vigore il 1° gennaio 1812 (ABGB), estende il rimedio – costruito come errore sul valore – a tutti i contratti a prestazioni corrispettive, se una delle parti non avesse ricevuto nemmeno la metà di ciò che diede all'altra, salvo il potere della controparte di offrire il pagamento di un supplemento di prezzo (§ 934). Irrilevante lo stato di bisogno del promittente e dell'appropriamento dello stipulante. La disciplina escludeva l'esperibilità dell'azione in ipotesi tassative: di rinuncia della parte nel cui interesse era prevista l'azione o di dichiarazione di acquisto del bene al prezzo minore in ragione di un particolare motivo di affezione; di vendita mista a donazione, noto il prezzo; di vendita all'asta; di impossibilità di determinare il corrispettivo (§ 935).

Il Codice tedesco, innovando a partire dalla riforma del 1976 il tenore della norma, sanziona con la nullità (§ 138 BGB) per contrarietà al buon costume, il «negozio giuridico attraverso cui taluno, sfruttando lo stato di costrizione, l'inesperienza, la

manca di discernimento o la rilevante debolezza della volontà di un altro, si lascia promettere o lascia promettere ad un terzo vantaggi patrimoniali», con un ampliamento delle ipotesi di tutela.

Il Codice civile italiano previgente del 1865, confezionato sul modello francese, ne riprende sostanzialmente la disciplina: posto il principio dell'equivalenza soggettiva (art. 1101 cod. civ. 1865) la rescissione, che ne costituiva un'eccezione, non era rimedio generale.

L'azione, riconosciuta in favore del solo venditore (artt. 1530 e 1536 cod. civ. 1865), era esperibile entro il biennio dal *tempus* della vendita immobiliare (art. 1529 cod. civ. 1865).

La prova della lesione non era ammessa se i fatti denunziati erano «bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione» (art. 1532 cod. civ. 1865); a seconda dei casi era ammessa la prova testimoniale ed era disposta per accertare il fatto e determinare il valore della lesione una consulenza (a cura di uno o di tre periti, nominati, in difetto dell'accordo delle parti, dal giudice), non vincolante per il decidente (art. 270 cod. proc. civ. 1865). Rescissa la vendita, il compratore era tenuto a restituire il fondo ed aveva diritto alla restituzione del prezzo, potendo ritenere il bene fino all'adempimento da parte del venditore, ridivenuto proprietario, sul quale gravava, pur in costanza di ritenzione, il *periculum* in applicazione del principio *res perit domino*.

L'acquirente accolta la domanda di rescissione avrebbe potuto rendere la cosa o pagare il supplemento del prezzo, coi frutti a far data dalla domanda (artt. 1534 e 1535 cod. civ. 1865): si trattava invero di una obbligazione facoltativa, per cui il perimento della cosa per causa all'acquirente non imputabile lo liberava anche dalla prestazione del supplemento.

L'innovazione più significativa del Codice Pisanelli rispetto alla legge francese stava nella inopponibilità (sancita dall'art. 1308, comma 2) della rescissione nei confronti dei terzi aventi causa dal compratore rescisso anteriormente alla pubblicazione della

domanda giudiziale. Il rimedio non era ancorato all'apprezzamento dell'altrui approfittamento, sebbene si ritenesse in dottrina che la sproporzione tra le prestazioni ne fosse indice sintomatico, e che non fosse rilevante la ragione che avesse indotto l'alienante a contrarre. Emblematica la Relazione del guardasigilli⁴¹: «se voi vedete che taluno si contenti di un prezzo vilissimo, voi dovete dire che costui vi è astretto dal bisogno, dalla necessità, non vi è vero prezzo; la lesione del resto ben sovente è grave indizio, se non prova manifesta, di non libero consenso».

La riflessione scientifica che maturò sul portato normativo fu intensa, e, direi, decisiva per porre le basi della disciplina attuale. La dottrina⁴², valorizzando l'accertamento di una condizione soggettiva a fronte del mero criterio di accertamento oggettivo della lesione, affermò, da un lato, l'ammissibilità strutturale dell'istituto rimediale anche a proposito degli altri contratti a prestazioni corrispettive, e, dall'altro, che l'iniquità del contratto derivasse dall'abuso di posizione di una parte rispetto all'altra, tale da incidere sulla formazione del volere negoziale, e quindi del contenuto della *lex contractus*.

Il tema della rescissione fu centrale nel primo trentennio del secolo scorso ed ebbe compiuta definizione nel progetto italo-francese di un *Codice unico delle obbligazioni e dei contratti*⁴³, elaborato da una commissione presieduta, in Italia, da Vittorio Scialoja.

⁴¹ F. LAURENT, *Corso elementare di diritto civile*, III, trad. it. di G. Trono, Milano, 1882, 53 s.

⁴² A. MONTEL, voce *Lesione* (*dir. civ.*), in *Nov. dig. it.*, VII, Torino, 1938, 774.

⁴³ G. ALPA, G. CHIODI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927): un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007, 67 ss.; con i contributi, *ivi*, di G. SCADUTO, *Osservazioni sul «Progetto di codice unico per l'Italia e per la Francia»*, 679 ss., e di E. RIEZLER, *Dell'invalidità del consenso secondo il Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, 743 ss.; G. CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della legalità fascista negli anni Trenta*, a cura di I. Birocchi, G. Chiodi e M. Grondona, Roma, 2020, 201 ss.;

A tenore dell'art. 22, «Se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto ed alla prestazione dell'altro contraente, in maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione. L'azione di annullamento deve essere intentata entro l'anno. Essa può essere evitata mediante l'offerta che faccia l'altra parte di pagare un supplemento che sia ritenuto sufficiente dal giudice. Restano in vigore le disposizioni relative alla lesione in determinati contratti».

Sebbene confermate le disposizioni vigenti nell'allora codice francese e nel codice civile e del commercio italiano, l'impianto dogmatico muta alquanto, poiché la rescissione, rimedio ancora previsto per le sole compravendite immobiliari, è inquadrata sistematicamente tra le disposizioni generali, nel paragrafo sui vizi del consenso, per il fatto che la sproporzione tra le prestazioni era ritenuta indice presuntivo di un volere normativo non formatosi del tutto liberamente.

Alla sanzione della nullità offerta dal modello tedesco per contrarietà al buon costume è preferito il congegno rimediale volto a riequilibrare le posizioni dei contraenti, di stampo francese.

Accanto al dolo, al timore negoziale e all'errore, si individua così un quarto vizio del consenso: lo squilibrio delle prestazioni era ritenuto, con una presunzione assoluta, indicatore di una volontà alterata, perturbata, malferma, e per questo ci si era obbligati a condizioni del tutto sproporzionate ai vantaggi propri ed alla prestazione dell'altro contraente. La questione investe così, apertamente, il dogma della volontà.

Severa fu la critica della dottrina e della stessa giurisprudenza di legittimità – e penso ai giudizi espressi dal primo presidente della

G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, 30 ss.

Cassazione, Dott. Mariano D'Amelio⁴⁴ – a questa norma, che di fatto conferiva alla magistratura un potere lato di incidere sulla *firmitas* negoziale, a domanda di chi, in modo fraudolento o vessatorio⁴⁵, si pretendesse leso.

Le ragioni addotte furono anche di pretta marca politica e storica, e si fondavano ad avviso di Emilio Betti⁴⁶ sul fatto che l'auspicata unificazione legislativa presupponeva una «identità e una comunanza tra l'esperienza francese e italiana» che le rendesse complementari, cosa che, a tacer degli aspetti economici e dell'assetto istituzionale, non era sostenibile «per tradizioni, cultura, ideali e valori».

Gli esiti di questa discussione condussero il legislatore a costruire una categoria rescissoria generale, valevole per tutti i contratti commutativi a prestazioni corrispettive.

La valorizzazione della forza del volere normativo e normante implica che è conforme all'ordinamento eliminare dal mondo giuridico quei regolamenti in cui la manifestazione di volontà non sia liberamente formata, ma sia resa in stato di pericolo ovvero di bisogno, e determini una iniquità delle prestazioni dal punto di vista patrimoniale e non patrimoniale, addirittura nella misura del *dimidium*.

Pericolo e bisogno determinano il consenso, ma non lo viciano in senso proprio, giuridicamente.

Se, ad esempio, la vittima di *vis* non vuole concludere il contratto, il soggetto in stato di pericolo o di bisogno cioè «vuole impellentemente al punto di sottostare a qualunque condizione che

⁴⁴ M. D'AMELIO, *Un codice unico delle obbligazioni per l'Italia e la Francia*, in *Nuova antologia*, 3, 1927, 83.

⁴⁵ G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, 30 ss.

⁴⁶ E. BETTI, *Ancora sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1, 1930, I, 249.

gli venga imposta dall'altra parte»⁴⁷. Il contraente leso non versa in errore sul valore del corrispettivo, che chiaramente conosce e di cui è ben consapevole; non è vittima di artifici o raggiri; si trova in uno stato di pericolo o bisogno noto alla controparte che dalla conclusione del contratto sarà avvantaggiato. Il contraente, dallo stato di pericolo o di bisogno, è indotto a maturare una volontà negoziale, tale per cui scientemente vuole il contratto, perfezionando uno scambio antieconomico, pur non volendone il contenuto, nei termini in cui è formalmente dedotto, ma accetta di manifestare la volontà negoziale, ciò nonostante ritenendo che la costituzione del vincolo sia utile a eliminare o ridurre la condizione di vulnerabilità, *ad vitanda maiora mala*.

Si legge in una notissima sentenza della Cassazione, pronunciata dalla II Sezione civile, in data 12 giugno 2018, n. 15338: «Lo stato di bisogno, pur potendo consistere anche in una situazione di difficoltà economica o nella contingente carenza di liquidità, non può prescindere da un nesso di strumentalità tale da incidere sulla libera determinazione a contrarre, nel senso che le momentanee criticità economiche devono costituire il motivo per cui è stata accettata la sproporzione tra le prestazioni».

Non si può ricorrere alle categorie del vizio, poiché nei casi in cui la volontà si forma geneticamente viziata, la consapevolezza di ciò è riconosciuta dal contraente in un momento successivo alla conclusione del contratto stesso. In tema di pericolo o bisogno del contraente è esattamente l'inverso: Santoro-Passarelli, in proposito, osservava che «certamente lo stato di pericolo o di bisogno influisce sulla volontà del negozio e precisamente sulla volontà negoziale», ma «la volontà non può considerarsi viziata», formandosi in conformità dell'interferenza di un fattore estrinseco

⁴⁷ F. CARRESI, *Rescissione*, cit., 3.

al contratto stesso, e non derivante dalla controparte o da un terzo⁴⁸.

Fa eco Betti: «Il giudizio di convenienza che si pone [...] alla parte che si trova nello stato di pericolo oppure nello stato di bisogno previsti dai sopracitati articoli è il seguente: o sobbarcarsi a quell'onere sproporzionato che le condizioni richieste rappresentano per lei, o rinunciare a conseguire quel bene che soltanto la cooperazione dell'altra parte le può procacciare»⁴⁹.

Di qui la riflessione dei giuristi, la cui sensibilità pervaderà il codice civile del '42: l'ordinamento non può ritenere pienamente meritevole un accordo a condizioni inique, sia pur concluso di necessità.

La tutela della volontà privata che si fa norma nell'esplicazione dell'autonomia negoziale da un lato e l'esigenza di conservazione (e stabilità) dei traffici negoziali resa possibile dalla limitazione delle cause di invalidità è coniugata felicemente, mi pare, nella disciplina del Capo XIII a proposito degli accordi raggiunti in stato di pericolo o bisogno.

Privilegiando una interpretazione sistematica dell'ordinamento, l'elemento di cerniera tra queste *rationes*, a me sembra, vada rintracciato nella buona fede, intesa come principio di ordine economico e giuridico presupposto e informatore dell'impianto sistematico codicistico e al contempo misura e parametro della giustezza del negozio giuridico, operante su più piani interferenti e interdipendenti.

I soggetti giuridici devono con correttezza e lealtà convenire tra loro, adempiendo essi stessi a questi obblighi di condotta *in contrahendo* l'uno verso l'altro, e, nel regolare la propria *utilitas*, non ledere la controparte e nemmeno i terzi, tra cui il negozio non fa stato, ma rispetto ai quali l'ordinamento individua specifiche

⁴⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1986, 168.

⁴⁹ E. BETTI, *Teoria*, cit., 31 ss.

ricadute (quali ad esempio a proposito della trascrizione o del regime delle opponibilità).

Da questa prospettiva ricostruttiva della questione del fondamento della disciplina della rescissione, la buona fede⁵⁰ impone e implica che il contratto non debba essere concluso dal contraente, cui fosse noto in sede precontrattuale lo stato di pericolo o bisogno dell'altra parte, in presenza di una significativa asimmetria delle prestazioni. Si può dire in proposito che il difetto della buona fede in capo alla *pars agens in contrahendo* e precedentemente nelle fasi preliminari precontrattuali rende di per sé non meritevole di tutela l'accordo: è il legislatore che specificamente prevede, a seconda dei casi e dell'intensità, in concreto, della violazione del dovere di buona fede, gli strumenti caducatori o rimediali.

Chi si pretende svantaggiato in modo considerevole dal negozio concluso in stato di bisogno o pericolo, sussistendone i requisiti, ha l'onere di riequilibrare il sinallagma nelle forme e secondo i tempi scanditi dall'ordinamento. Di converso, in considerazione del fatto che il contraente avvantaggiatosi lo è di fatto, ma non ha concorso a determinare l'altrui pericolo o bisogno, ma in questo caso profittandone, è stata dal legislatore contenuta, entro il termine di prescrizione dell'azione di rescissione, la instabilità negoziale.

Si riconosce, qui, a me sembra, il carattere propriamente fisionomico del diritto, strumento solutorio, di composizione, *medium*, che si coglie spiccatamente nelle prospettive *de iure condendo*.

La globalizzazione e la necessità di rendere comune la regolamentazione giuridica a livello sovranazionale sorreggono tentativi di compilazione normativa condivisa.

⁵⁰ Cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato dal codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, 111 ss., 132 ss., 177 ss.; FR. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934.

Tra questi sono i *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* (2016), che sotto un'unica rubrica in tema di eccessivo squilibrio o *gross disparity* riconducono fattispecie eterogenee con uno sforzo conciliativo delle esperienze giuridiche ancora oggi incompiuto.

Cito, ai nostri fini, l'art. 3.2.7 è il seguente: «Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto» (comma 1); «Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio» (comma 2); «Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento [...]» (comma 3).

In tema vanno ricordati anche i *Principi di diritto europeo dei contratti* (PECL), che prevedono oltre ai vizi del consenso del dolo, del timore negoziale e dell'errore, il cd. ingiusto profitto o vantaggio iniquo, noto come *excessive benefit or unfair advantage*.

Nell'art. 7.207 del *Draft common frame of reference* (DCFR) la fattispecie è riconosciuta come iniquo sfruttamento, altrimenti nota con l'espressione inglese *unfair exploitation*, nella sezione dedicata a *vitiated consent or intention*, cioè ai vizi del consenso: si disciplina l'appropriamento della difficoltà economica (*economic distress*) o delle urgenti necessità (*urgent needs*) del contraente leso, note alla

parte che ne ha tratto un eccessivo beneficio, un vantaggio gravemente iniquo.

4. Conclusioni

Nel concludere questi lineamenti storico-giuridici del regime della rescissione si può osservare che l'asimmetria delle prestazioni negoziali è nella riflessione giuridica sintomo di volontà turbata.

La riconduzione ad equilibrio dell'assetto contrattuale, nelle modalità scandite dall'ordinamento, costituisce il fine cui hanno atteso le leggi, spesso su basi concettuali distinte e alquanto lontane, e pur tuttavia orientate a predisporre strumenti capaci di adeguare i rapporti giuridici a un senso di giustizia sostanziale, così da soddisfare le contrapposte esigenze delle parti, dal diritto meritevoli entrambe di tutela e di soddisfacimento.

Nella storia giuridica della disciplina della rescissione emerge un fondamento costante nel tempo, che è eliminare dalla vita giuridica negozi che non pongono sullo stesso piano le parti rispetto alle obbligazioni cui sono tenute, atteso che il 'diritto' per definizione è strumento di contemperamento di interessi e di livellamento di posizioni sbilanciate.

E ciò è tanto vero quanto la considerazione che il ripristino della condizione di equilibrio delle sfere giuridiche dei contraenti è dal diritto stesso rimesso ad un atto volitivo, alla lata libertà di autodeterminarsi del contraente rispetto al negozio asimmetrico, che se ha accettato di concludere, seppur gravoso, può determinarsi perché non continui a spiegare la sua efficacia, agendo per la rescissione.

Arthur Schopenhauer⁵¹, ne *La libertà del volere umano*, si interrogava sulla libertà del contraente, se fosse davvero del tutto libero di contrarre oppure se risentisse, in margine e al di là dei vizi del

⁵¹ A. SCHOPENAUER, *La libertà del volere umano*, trad. it. di E. Pocar, Bari, 2018.

volere, di una certa pressione emotiva di segno mutevole, dalla paura, al bisogno, al desiderio.

A proposito della rescissione il contraente, seppur ‘non libero’ quando conclude il contratto, è ‘libero’ di scegliere se la sua volontà negoziale, turbata dal pericolo e dal bisogno in modo così considerevole, diventi la sua scelta definitiva.

La rescissione è un istituto che consente il ripensamento della volontà negoziale. È da un questo angolo di visuale un presidio giuridico di libertà. Libertà di volere, libertà di regolare i propri interessi consapevolmente, libertà di non volere quello che si è voluto. Il volere normativo, la volontà che si fa regola, la supremazia del volere, richiamato a misurarsi con sé stesso, a proposito del suo stesso segno e sulla sua attitudine a innovare la sfera giuridica del volente, volere che regola il già voluto, penetra di sé la riflessione storico-giuridica in tema, e continuerà a costituire una *crux* per chi voglia procedere ad un inquadramento sistematico dei complessi profili che rilevano.

ABSTRACT

L’asimmetria del regolamento negoziale può derivare dallo stato di pericolo e di bisogno di uno dei contraenti, per ciò indotto a costituire il vincolo giuridico a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé stesso o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, ancorché il pericolo sia stato volontariamente causato o fosse altrimenti evitabile.

L’ordinamento italiano prevede il rimedio della rescissione, se lo stato di pericolo è motivo determinante della conclusione del contratto e il bisogno sia fattore che diminuisce la libertà di scelta; se cioè l’alterazione del processo volitivo induce, pur conoscendone l’iniquità, a concludere il contratto sinallagmatico, caratterizzato da una sproporzione rilevante tra le prestazioni.

Il contributo intende offrire i lineamenti della riflessione storico-giuridica che è a fondamento della disciplina civilistica sanzionatoria dell'approfitto della controparte, accordando in suo danno lo strumento rescissorio, previsto nei progetti compilatori dei *Principi del diritto delle obbligazioni e dei Contratti* cui la comunità scientifica attende in questi anni della globalizzazione e della internazionalizzazione.

Dall'esperienza giuridica romana sono i primi precedenti del rimedio, alla cui definizione, anche sulla base dell'influsso della pandettistica, il legislatore approda nel 1942 all'esito delle esperienze giuridiche del code civil, del codice preunitario, e del progetto italo francese per l'armonizzazione nell'epoca della ricodificazione in tema di obbligazioni nel 1927.

Contract asymmetry may arise from a party's state of danger and need.

He enters into the contract under unfair conditions, due to the need, known to the other party, to save himself or others from the present danger of serious personal injury, even if the danger was intentionally caused or could have been otherwise avoided.

The paper aims to outline the historical-legal framework and civil law's tradition that punishes the taking advantage, granting the right of rescission. This provision is envisaged in the draft compilations of the Principles of the Law of Obligations and Contracts, which the scholarly community is awaiting in these years of globalization and internationalization. The first precedents for this remedy come from Roman legal experience. The legislator, also drawing on the influence of pandectism, finally defined it in 1942, following the legal experiences of the Civil Code, the pre-unification Code, and the Italian-French project for harmonization in the era of the 1927 recodification of obligations.

PAROLE CHIAVE

Contratto – Volontà negoziale – Rescissione – *Laesio enormis* –
Stato di pericolo – Stato di bisogno – Fondamenti storico-giuridici

Contract – Will regulatory – Rescission – *Laesio enormis* – State of
danger – State of need – Historical and legal tradition

MARIA VITTORIA BRAMANTE
mariavittoria.bramante@unipegaso.it

La decomposizione della famiglia prima della sua decomposizione: La testimonianza di Varrone (Men. “*Lex Maenia*”)

Dedico questo articolo alla memoria del
mio compianto collega Cosimo Cascione:
quando ho tenuto la lezione su cui si basa
questo articolo, il 9 aprile 2024 a Salerno,
l’ho visto per l’ultima volta.

SOMMARIO: 1. L’inferno degli interpolazionisti – 2. Il consenso del *filius familias* e della *filia familias* al matrimonio – 3. La decadenza della famiglia in Varro. Men. “*Lex Maenia*” – 4. La tendenza arcaizzante del diritto romano.

1. *L’inferno degli interpolazionisti*

Secondo un famoso civilista della Repubblica di Weimar, Martin Wolf, «La storia giuridica della famiglia è la storia della sua decomposizione»¹. Leggendo attentamente le fonti risalenti all’esperienza giuridica romana si può constatare che le cose non sono così semplici. La decomposizione cominciava già nella Tarda

¹ TH. KIPP, M. WOLFF, *Das Familienrecht*⁷, Marburg a.d.L., 1931, 2: «Die Rechtsgeschichte der Familie ist die Geschichte ihrer Zersetzung».

Repubblica e possiamo trarre un utile riscontro in tal senso da una delle Satire menippe di Varrone sulla *Lex Maenia*².

La nostra percezione del diritto romano è purtroppo influenzata dall'interpolazionismo, una corrente caratterizzata spesso da una tendenza a rivedere i testi giurisprudenziali in modo da pervenire al risultato più utile alla propria ipotesi ricostruttiva³. Secondo Mayer-Maly, insigne romanista di Salisburgo, c'è un cerchio speciale nell'inferno per gli interpolazionisti⁴. Secondo Dante i bugiardi o falsificatori si trovano nell'ottavo cerchio e sono arsi dalla febbre. Gli interpolazionisti possono essere considerati falsificatori, nel senso che cambiano i fatti, i testi delle fonti, per raccontarci una storia non vera, esattamente come Sinone che, mentendo, – «dicendo falso» nella dizione di Dante (cant. 30.115 s.) –, convinse i Troiani a introdurre dentro le mura il celebre cavallo.

Il regalo che ci consegnano gli interpolazionisti è una concezione arcaizzante del diritto romano dei primi due secoli d.C., in base alla quale il diritto classico sarebbe ricalcato sul diritto dei tempi di Cicerone⁵. Perché è così importante, così seducente una visione arcaizzante del diritto romano dei primi due secoli? Secondo Savigny è più importante il metodo dei giuristi, il loro discorso, che le soluzioni, il diritto sostanziale⁶. Egli immagina il diritto romano come il prodotto di un dialogo tra studiosi che si

² Tutta la bibliografia aggiornata su questi si trova in J.F. STAGL, A. ARPAIA, "*Lex Maenia*" nella satira omonima in Varrone. Un tentativo di revisione critica delle fonti, in *Athenaeum*, 113, 2025, 449 ss.

³ J.F. STAGL, *Der Tempel der Gerechtigkeit*, Leiden, 2023, 203-206; 259-266.

⁴ Commentario verbale 2004, Salisburgo.

⁵ J.F. STAGL, *Tempel*, cit.; ID., *Zur translativen Struktur derivativen Eigentumserwerbs*, in *Festschrift für Rolf Knütel*, hrsg. von H. Altmeppen et al., Heidelberg, 2010, 1175 ss.

⁶ F.C. V. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, Vorrede, XXX.

incontrano nella piazza del mercato delle opinioni, nella *libera res publica Romana*. Una visione che coincide più con il diritto romano dei romanisti che non con il famoso «diritto romano dei Romani»⁷, un diritto che certamente non si sviluppava in uno spazio privo di potere e autorità imperiale o pubblica⁸. Gli interpolazionisti intendono proiettare nelle fonti di epoca imperiale istituti arcaici, confondendo la repubblica con il principato e, per ottenere tale risultato, operano una manipolazione dei testi. Questa tendenza è evidente in Schulz, il quale scrive a proposito del matrimonio romano classico che era una istituzione «liberale»⁹ come se potesse essere considerata liberale la *lex Iulia de adulteriis* del 18 a.C., provvedimento che sanzionava lo *stuprum* e l'*adulterium*¹⁰, ritenuta da Mommsen una delle incursioni più radicali nella vita dei privati nella storia del diritto penale¹¹. Il matrimonio classico non era liberale, era piuttosto uno strumento di controllo totale dei cittadini¹².

⁷ Questa formulazione è il motto della narrativa italiana del dopoguerra e viene attribuita a R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*², Bologna, 1987, 456, zugeschrieben: «lo studio del diritto romano dei Romani». A nostro avviso, l'idea e la formulazione provengono da TH. MOMMSEN, *Reden und Aufsätze*, Berlin, 1905, 204: «Es ist sicher ein Nachteil für die Einsicht in das Recht der Vergangenheit, wenn die Gedanken anderer Kreise und anderer Zeiten aus dem römischen Recht heraus oder in dasselbe hineingelesen werden. In Ihnen [i.e. A. Pernice] ist das Bewußtsein lebendig, dass das römische Recht in der Tat das der Römer gewesen ist und nur im Zusammenhang mit dem Wesen des römischen Staates, der Republik wie des Cäsarenreiches, als ein Teil der eigenartigen römischen Zivilisation recht und voll begriffen werden kann»; evidenziazione di J.F.S.

⁸ J.F. STAGL, *Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien, 2009, 27 ss.; 235 ss.

⁹ J.F. STAGL, *Tempel*, cit., 215 ss.

¹⁰ Überblick bei M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München, 1971, 318 ss.

¹¹ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Berlin, 1899, 691.

¹² J.F. STAGL, *Favor dotis*, cit., 27 ss.

L'interpolazionismo è, insomma, uno degli strumenti metodologici che possono condurre ad una distorsione storica. Mi piacerebbe presentare qui un testo che fino ad ora non ha potuto essere opportunamente valorizzato, sebbene tale fonte non sia stata vittima dell'interpolazionismo quanto piuttosto di una interpretazione alimentata dallo stesso spirito dell'interpolazionismo: una proiezione di un ideale, quello secondo il quale i Romani furono «questi uomini silenziosi» – (*jene schweigsame Männer*) per usare le parole di Pringsheim¹³ –; e questi uomini governavano le loro famiglie con un pugno di ferro. Non era così, perché già durante la repubblica cominciava la decomposizione della famiglia.

2. Il consenso del *filius familias* e della *filia familias* al matrimonio

Il nostro tema in particolare è il consenso del *filius familias* e della *filia familias* al matrimonio. Dopo aver dato una definizione del matrimonio, nel titolo '*de ritu nuptiarum*' (D. 23.3) si afferma che occorre il consenso dei due sposi anche se sono '*in potestate*': *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*¹⁴. Questa regola vale sia per il fidanzamento sia per le nozze:

*Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*¹⁵: *sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. tunc autem solum dissentiendi a patre*

¹³ F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, 161 ss.

¹⁴ Paul. 33 *ad ed.* D. 23.2.2.

¹⁵ Iul. 16 *dig.* D. 23.1.11.

*licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*¹⁶.

Il consenso è richiesto sia per il fidanzamento che per il matrimonio, quindi anche la *'filia familias'* deve essere d'accordo. Naturalmente, il consenso della *'filia familias'* è presunto e si fa eccezione solo se il futuro marito è indegno o ingannevole. In realtà, questa presunzione favorisce il fidanzamento e il matrimonio, con lo sposo scelto dal padre.

Paul. 35 *ad ed.* D. 23.1.7.1: *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.*

Stabilita la necessità di consenso degli sposi, sorge la questione relativa alla necessità del consenso del *pater familias*: il *filius familias* e la *filia familias* sono liberi di decidere e dunque sono padroni della loro vita, o il *pater familias* conserva il suo potere, che originariamente, come scrisse Talamanca, «non conosce limiti»¹⁷? Sia per il fidanzamento sia per il matrimonio era necessario il consenso del *pater familias*¹⁸.

Tit. Ulp. 5.2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*

¹⁶ Ulp. *l. sing. de spons.* D. 23.1.12.

¹⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 120.

¹⁸ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 314.

Ulp. 26 *ad Sab. D.* 23.2 pr.: *Si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas.*

I padri non possono, di per sé, obbligare i figli a sposarsi:

Ter. Clem. 3 *ad leg. Iul. Pap. D.* 23.2.21: *Non cogitur filius familias uxorem ducere.*

Tuttavia, nella pratica questo assunto non è così rigido:

Cels. 15 *dig. D.* 23.2.22: *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur.*

Il lettore attento avrà notato la differenza fra *fili* e *filiae*: nel caso del fidanzamento della figlia si presume semplicemente il consenso del padre (Paul. 35 *ad ed. D.* 23.1.7.1: *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit*). La figlia deve, quindi, tenere un comportamento che evidenzi in modo sufficientemente chiaro l'opposizione al fidanzamento, che, com'è noto, è un impegno forte quasi quanto il matrimonio:

Flor. 3 *inst. D.* 23.1.1: *Sponsalia sunt mentio [conventio?¹⁹] et repromissio nuptiarum futurarum.*

E nel caso del matrimonio si stabilisce la regola secondo cui il figlio può essere costretto a sposarsi, applicando il famoso principio '*tamen coactos volui(t)*'.

¹⁹ Opinione di Mommsen nt. 3 ad h.t. nella '*editio minor*'.

Si tratterebbe di una condizione di favore delle figlie rispetto ai figli, un privilegio individuato già da Di Marzo: «Per valutare esattamente lo sviluppo in esame è necessario non perdere di vista che il consenso del *paterfamilias* agli sponsali, come al matrimonio, della figlia, aveva una funzione molto meno importante del consenso agli sponsali e al matrimonio del figlio. Nel caso del figlio si trattava di impedire che il *paterfamilias* potesse avere successori senza la sua volontà, mentre nel caso della figlia tale motivo mancava. Non è strano dunque che presto si sia mitigato, rispetto a costei, l'antico rigore»²⁰.

La logica alla quale accenna Di Marzo è abbastanza semplice: nel sistema agnatizio i figli della figlia non sono parenti del nonno in senso giuridico, poiché la figlia non può trasmettere parentela agnatzia. Dice Gaio (Gai 1.156):

Sunt autem adgnati per virilis sexus persona cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patruj filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati.

3. La decadenza della famiglia in Varro. Men. “Lex Maenia”

Questa logica è espressa anche in una delle satire menippee di Varrone, testo raramente richiamato dagli studiosi. Si tratta di una fonte che attesta poco dal punto di vista strettamente giuridico, e che, però, consente interessanti riflessioni di carattere sociologico sui meccanismi interni alla famiglia romana. È soprattutto in questo ambito che l’‘essere’ (das Sein), la sociologia, tende a trasformarsi

²⁰ S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, Roma, 1972, 10 s.; P. RASI, *Consensus facit nuptias*, Milano, 1946, 95, quando sostiene: «Farò solo notare che anche in questa circostanza il giurista ed il legislatore si mostrano molto più larghi di concessioni verso le *filiae* che verso i *filiis*».

in ‘dover essere’ (das Sollen), il diritto. Nel diritto di famiglia è possibile osservare in modo quasi sincronico i cambiamenti sociali e ideologici.

Varro. *Men.* “*Lex Maenia*”²¹ 233-242: 233. *non admirantes, quod sereno lumine tonuisset oculis caeli rimari plagas*²²; 234. *non hos Pactolus aureas undas agens eripiet umquam e miseriis*²³; 235. *si qui patriam, maiorem parentem extinguit, in eo est culpa, quod facit pro sua parte is quid se ennuclat aut ali qui liberos perducit*²⁴; 236. *nemo est tam neglegens, quin summa diligentia eligat asinum, qui suam saliat equilam*²⁵; 237. *exercebam ambulando, uti capacior ad cenam veniret guttur*²⁶; 238. *contra lex Maenia est in pietate, ne fili patribus luci claro suggillant oculos*²⁷; 239. *ad biviram venio. cum vellem ostendere, quid vellem, Metamelos Inconstantiae filius me reprehendit*²⁸; 240. *signa tum sacra esse desierunt postea quam homines sunt facti sacri*²⁹; 241. *neque in bona segete nullum est spicum nequam, neque in*

²¹ La traduzione è di Anna Arpaia.

²² 233. Noi, che guardiamo con stupore quanto tuona con luce abbagliante, esaminiamo la distesa celeste.

²³ 234. Neppure lo stesso *Pactolus*, che porta con sé onde dorate, libererà costoro dagli affanni.

²⁴ 235. Se uno annienta la patria, nostra madre altissima, di costui è la responsabilità; lo stesso fa chi si castra o in altro modo disperde i (potenziali) figli.

²⁵ 236. Nessuno è tanto negligente, da non selezionare con estrema attenzione l’asino, che debba montare la sua giumenta.

²⁶ 237. Passeggiando facevo esercizio tale cosicché la mia gola (= da intendere come stomaco, lat. *ventris*) arrivasse al pasto con grande appetito.

²⁷ 238. Di contro la *lex Maenia* tratta la *pietas*, affinché i figli non provochino lividi ai padri agli occhi (= non prendano a botte i padri) al chiarore del giorno.

²⁸ 239. Vengo dalla donna sposata (o maritata) due volte. Nel momento in cui stavo per esporre quanto volessi, *Metamelos*, figlio della volubilità, mi trattiene.

²⁹ 240. Le immagini degli dei (o oggetti di culto) smisero allora di essere sacri, dopo che gli uomini avevano abbandonato il credo.

*mala non aliquod bonum*³⁰; 242. *haec lanigeras detonderi docuit tunicareque homullum*³¹.

Questa satira ruota attorno al valore della *pietas* verso *Iuppiter*, il *piter* o *pater* degli dei (233), verso la *patria* (235) e verso il proprio *pater* (238)³². Codesti valori sembrano posti in discussione dalla circostanza eventualmente profilata nella satira: il figlio dell'Incostanza è legato ad una *bivira*, vale a dire ad una vedova che intende sposarsi una seconda volta, violando l'ideale della *univira*, basato sul principio in base al quale il vincolo creato con il matrimonio persiste anche dopo la morte dello sposo. Il padre prova, perciò, a distogliere il figlio dal suo intento; tuttavia, il giovane sposerà comunque la *bivira*, finendo per pentirsene. Però il testo non ci dice nulla su una estrazione bassa della *bivira*, ed è perciò più probabile che si tratti di una 'vedova allegra'.

È importante osservare che in questo testo il padre non appare come un sovrano assoluto che ottiene obbedienza con il minimo gesto. È piuttosto un predicatore nel deserto. Si tratta di una figura analoga a quella presentata in un'altra satira, nella quale è data una spinta nel Tevere ad un difensore del *mos maiorum*, un *alter ego* dello stesso Varrone: si tratta della satira '*Sexagesis*', seguendo la antica tradizione del '*sexagenarios de ponte*'³³.

Analizziamo, adesso, la situazione della figlia: *nemo est tam neglegens, quin summa diligentia eligat asinum, qui suam saliat equilam* (frg.

³⁰ 241. Così se in una buona raccolta non manca la spiga cattiva, tantomeno in una cattiva raccolta manca una (spiga) buona.

³¹ 242. Questa ha insegnato a tosare le pecore e rivestire l'omucolo (*Homullus* = diminutivo omucolo per piccolo uomo, ma anche dispregiativo 'omicciattolo') con la tunica (di lana).

³² Sull'interpretazione vedi in J.F. STAGL, A. ARPAIA, "*Lex Maenia*", cit., 446 ss.

³³ Sullo sfondo reale dell'episodio W. SUDER, "*Sexagenarios de ponte*": *statut juridique des vieillards dans la famille et dans la société romaine. Quelques remarques et opinions*, in *RIDA*, 42, 1995, 393 ss.

236). L'interpretazione di questa frase è stata finora piuttosto incerta. Per comprendere il senso del verso, dobbiamo richiamare un elemento conosciuto dallo stesso Varrone, autore anche del *'De re rustica'*: sebbene si possano accoppiare un 'asino stallone' e una 'giumenta', dall'incrocio di quei due animali nascerà un mulo e questo ibrido sarà sterile. La causa dell'infertilità è oggi nota e dipende dal particolare corredo cromosomico dispari dell'animale (ne possiede 63)³⁴. È su questa circostanza che si basa la metafora: la figlia è sul punto di sposare un ragazzo di bassa estrazione, un asino, e la sua discendenza sarà quindi di livello sociale inferiore. Nonostante la valutazione negativa del matrimonio della figlia, ancora peggiore è il giudizio sull'attività o l'inattività dei figli maschi disobbedienti:

235: *si qui patriam, maiorem parentem extinguit, in eo est culpa, quod facit pro sua parte is quid se eunuchat aut aliqui liberos perducit.*

A loro – ai figli – è addossata la 'colpa' di non contribuire al benessere della patria nel momento in cui evitano di avere discendenza o la concepiscano con una persona qualunque. I figli illegittimi procreati non saranno cittadini di pieno diritto, non saranno sottoposti alla *patria potestas* e non saranno giuridicamente legati al loro padre³⁵. Poiché la Patria è l'insieme dei cittadini, i figli nati fuori dal matrimonio non contribuiscono a questo insieme.

Questa fonte di Varrone non aggiunge alcunché di nuovo rispetto a quanto già sappiamo del diritto romano preclassico, eppure ci permette di ricostruire più correttamente una certa

³⁴ A.C. CHANDLEY, C.A. CLARKE, *Cum mula peperit*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, 78, 1985, 800 s. Per competenze nell'ambito della prole degli equini, Varro. *rust.* 2.8.1: *Nam muli et item binni bigeneri atque insiticii, non suapte genere ab radicibus. Ex equa enim et asino fit mulus, contra ex equo et asina hinnus.*

³⁵ Sul diritto preclassico M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 65; I. 3.5.4.

atmosfera giuridico-sociale. E questa atmosfera può essere riferita come la decomposizione della *patria potestas* e della famiglia già ai tempi di Varrone. Ciò appare interessante anche rispetto alla visione liberale ipotizzata da Schulz: il liberalismo può funzionare solo se i protagonisti rispettano rigorosamente le regole.

«Il rigore, il rispetto delle regole, secondo Jhering è il nemico giurato dell'arbitrio e la gemella della libertà»³⁶. Di questo rigore non c'è traccia nella satira di Varrone: i giovani si sposano con qualsiasi persona, hanno figli fuori dal matrimonio e così minano le regole del diritto civile e disprezzano le regole della religione. Tali comportamenti determinano molte conseguenze, anche giuridiche, tra cui la sacertà, frg. 240: *signa tum sacra esse desierunt postea quam homines sunt facti sacri*.

4. *La tendenza arcaizzante del diritto romano*

Lo stato ideale, frutto della tendenza arcaizzante del diritto romano propria del metodo interpolazionistico non è mai esistito o, comunque, già nella Tarda Repubblica si era dissolto. La proiezione di uno stato idilliaco del patriarcato repubblicano nell'età del principato è una operazione storicamente impossibile. Già sul finire della Repubblica i figli godevano di una certa libertà di scegliere. La famiglia non era rigorosa e quindi non poteva essere liberale. Forse siamo vittime di una teoria della decadenza della famiglia che non è suffragata dai fatti: in Germania è celebre la frase

³⁶ R. V. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*², 2. Teil, 2. Abteilung, 2. Auflage, Leipzig, 1869, 456: «Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, dass sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach aussen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äussere Angriffe, – sie lassen sich nur brechen, nicht biegen».

di Martin Wolf, già richiamata in apertura di questo testo: «La storia giuridica della famiglia è la storia della sua decomposizione». Se questa decomposizione è cominciata nell'ultimo secolo a.C., tale affermazione non ha più nessun valore, è priva di senso. Si dovrebbe pensare di sostituire questa frase con un'altra: 'La storia giuridica della famiglia è la storia delle nostre proiezioni'.

ABSTRACT

Ai tempi di Varrone (116-27 a.C.), la famiglia romana era ancora solida e l'autorità del *pater familias* non era messa in discussione. È davvero così semplice? La decadenza non iniziò prima della restaurazione della “*casta domus*” ai tempi di Ottaviano? Queste questioni sono affrontate in una delle satire di Varrone (Men. “*Lex Maenia*”), il cui potenziale non è stato ancora sufficientemente esplorato dagli storici del diritto.

In Varro's time (116-27 BC), the Roman family was still strong and the authority of the *pater familias* was unquestioned. Is it really that simple? Did the decline not begin before the restoration of the “*casta domus*” in the time of Octavian? These issues are addressed in one of Varro's satires (Men. “*Lex Maenia*”), whose potential has not yet been sufficiently explored by legal historians.

PAROLE CHIAVE

Varro – *familia* romana – *Lex Maenia* – decomposizione della famiglia

JAKOB FORTUNAT STAGL
jakob.stagl@uab.cat

**Esistenze e volontà sacrificate.
Tutele e limitazioni giuridiche per i minorati dei sensi
tra Otto e Novecento**

SOMMARIO: 1. Il codice del 1865 – 2. La ricerca e le sfide di una pedagogia speciale – 3. Attività parlamentare e interrogazioni ministeriali – 4. Ciechi e sordi nei rapporti civili – 5. Il contributo interpretativo dei notai.

1. Il codice del 1865

La condizione giuridica dei soggetti portatori di un *deficit* sensoriale *ex nativitate* aveva trovato nel Code Napoléon un approdo salvifico perché, dopo secoli di marginalizzazione sociale e giuridica, con il suo intenzionale e significativo silenzio aveva ufficializzato il concetto fondamentale dell'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. Nel commentare la scelta, il magistrato Francesco Nobile, nel ruolo di consigliere della Corte d'Appello di Palermo, mise in risalto che «la regola circa la capacità è comune e connaturale ad ogni cittadino, e quando la legge nel luogo opportuno e proprio non parla della condizione speciale di una classe d'individui, quando non frena con una testuale disposizione quella facoltà di diritto comune, allora l'attitudine ad ogni atto civile è piena ed indeminuta». Si incontravano esplicite conferme in tal senso anche osservando *les arrêts* della 'Cassazione di Francia'. Appariva indubbio che «il sistema delle limitazioni della capacità

del cittadino, facoltà connaturale alla sua giuridica persona, [era stato] diligentemente e saviamente economizzato»¹.

Non tutti gli Stati italiani preunitari si uniformarono a tale indirizzo durante la Restaurazione, per cui in sede di redazione del primo codice nazionale emerse con vigore la mancanza di un *idem sentire*. Come segnalava il sen. Paolo Onorato Vigliani, nella relazione sul I libro del testo in lavorazione, «chiari scrittori hanno deplorato che il Codice francese e gli altri di lui seguaci non siansi occupati della condizione infelice del sordo-muto o del cieco nato, i quali in generale abbisognano certamente di speciale assistenza»². Pertanto, intervenendo sul punto di diritto con una presa di posizione desunta «più dai principj di ragion civile che dall'osservazione della loro naturale incapacità di ragione»³, la Commissione senatoria operò modifiche sostanziali al progetto ministeriale, concretanti la sua decisione normativa. Nel giustificare l'apporto impresso in fase finale, che oggettivava un giudizio di valore celato da risposte tecnico-sistematiche, il giurista

¹ F. NOBILE, *Dello stato giuridico del sordo-muto dalla nascita. Studi sull'art. 340 del codice civile italiano*, Napoli, 1868, 96-97. Francesco Magliano evidenziò che sia il codice francese che quello borbonico avevano sottratto la delicata materia ad una regola *ad hoc*, scegliendo di prediligere il silenzio normativo. Era apparso «miglior consiglio l'abbandonare al savio discernimento de' tribunali il decidere de' segni e delle circostanze, mercé delle quali possa giudicarsi se il sordo e muto abbia valevolmente prestato il suo consenso» e dunque manifestato il suo volere. Cfr. F. MAGLIANO, F. CARRILLO, *Comentarj sulla prima parte del Codice per lo Regno delle Due Sicilie relativa alle Leggi civili*, I, Napoli, 1819, art. 154, 293.

² Cfr. gli stralci riportati nell'opera di G. PIOLA, *Delle persone incapaci*, I, Napoli-Torino, 1910, tit. II, cap. II, § 2, 688-689.

³ Benché formulata con sguardo retrospettivo, tale riflessione critica risultava ancora perfettamente calzante e di attualità. Cfr. F. FORTI, *Trattato delle disposizioni per ultima volontà*, in *Trattati inediti di giurisprudenza di Francesco Forti*, a cura di L. Galeotti, Firenze, 1854, parte I, cap. II, n. 32, 5. Con molto realismo il giurista toscano dichiarava che «niente dice la nostra patria legge sopra i sordo-muti istruiti; la ragione però vorrebbe che essi fossero dichiarati capaci di testamentifazione» (nt. 35, p. 5).

piemontese provava a delinearne l'*esprit*. Con stile diplomatico, aggiunse ben poco: «ragion vuole» che gli imperfetti sensoriali «si presumano incapaci di fare gli atti più importanti della vita civile; perciò se essi non fanno riconoscere e dichiarare dal Giudice la loro capacità, la legge provvida li colloca in istato di inabilitazione»⁴. Il parametro della normalità, consistendo nel «considerare l'uomo dirimpetto al potere costituito» e all'ordinamento generale⁵, si identificava appieno con l'idoneità ad assumere la completa disponibilità delle risorse patrimoniali.

Si trattò di un modo compromissorio di risolvere una problematica complessa, rivolto primariamente a placare contrasti ideologici, anche recenti, tra gli orientamenti in competizione. La formula confezionata andava a collocarsi in posizione mediana rispetto ad opzioni pregresse in aperta dialettica: la normativa toscana che risultava vocata all'interdizione⁶, quella piemontese e delle Due Sicilie in cui non si trovava «fatto cenno» ai soggetti in questione e gli altri codici regionali che contemplavano la nomina del curatore⁷.

Quanto tale vicenda riuscisse a rivelare la forte reciproca interferenza e circolarità tra scelte praticate in ambito giuridico e la 'storia dei sistemi di pensiero'⁸ emerge con evidenza. Identificando

⁴ G. PIOLA, *Delle persone*, cit., 689.

⁵ Così G. LAZZARETTI, *La medicina forense*², Firenze, 1857, parte I, 5.

⁶ L'art. 21 della legge toscana del 14 novembre 1814 disponeva che «dovranno essere interdetti i furiosi, i dementi, ancorché godano di lucidi intervalli, gl'imbecilli, i sordi e muti, e tutti quelli che per una abituale malattia sono incapaci di amministrare». Ne ricavo il testo da Corte di Cassazione di Firenze, Udienza 6 lug. 1866, in *La Legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia*, a. VI, n. 103, 1 dic. 1866, *Giurisprudenza civile*, 1146.

⁷ Cfr. G. PIOLA, *Delle persone*, cit., 688 e più di recente il mio *Il 'buio' e il 'silenzio'. I minorati dei sensi tra Unità nazionale e regime fascista. La costruzione dei doveri*, in RSDI, 91, 2018, fasc. 2, 103 ss.

⁸ Questo era il titolo della cattedra ricoperta da M. Foucault presso il *Collège de France* dal gennaio 1971, come indicato in ID., *Les anormaux. Cours au Collège de*

la giustizia con l'applicazione puntuale dei precetti del diritto positivo, il codice civile italiano del 1865 capovolgeva la tendenza egualitaria di derivazione francese, per stabilire all'art. 340 che il sordomuto e il cieco dalla nascita, giunti alla maggiore età dei 21 anni, si reputavano inabilitati *de iure*, salvo che il tribunale li dichiarasse abili a provvedere alle proprie cose. Accreditando una valutazione di genere morale e tradizionale, tale prescrizione era ispirata a un criterio protettivo di matrice paternalistica e patrimonialistica, marcatamente differenziale, che risentiva moltissimo di visioni e mentalità sedimentate, tanto da riproporle nonostante i progressi educativi. In nome dell'ordine giuridico posto e della sua pretesa oggettività e diffidenza verso la variegata moltitudine umana, si fissavano aprioristicamente forme attenuate di capacità di agire, designando spazi di intervento e di correzione, comunque di opprimente penalizzazione esistenziale. Al fine di assicurare una pacifica e serena convivenza civile, esorcizzando i pericoli del conflitto interpersonale, per quell'individuo che presentasse profili di difformità, rispetto al soggetto astratto tratteggiato dal diritto, si privilegiava l'ottica della separazione. Si predisponavano controlli, più che veri ripari e attenzioni. Solo l'avvenuta normalizzazione avrebbe potuto segnare un cambio di passo.

I punti problematici emergenti dal dettato dell'art. 340 cod. civ., pensato unitamente per ciechi e sordomuti, risultavano essere almeno tre. Si tratteggiava innanzitutto un catalogo di tipi umani, distinti e graduati sulla base di carenze organiche, reputate riduttive dell'integrità cerebrale, e per questo portatori di diversa capacità e di una condizione giuridica inferiore. Il metodo classificatorio mutuato dal positivismo scientifico diversificava, in particolare, i

France. 1974-1975, Paris, 1999, trad. it. di V. Marchetti e A. Salomoni, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Milano, 2007, *Avvertenza* di F. Ewald e A. Fontana, 7.

minorati con un difetto corporale originario, acquisito *ex nativitate*, da coloro che lo fossero diventati per vicende accidentali sopravvenute rimanendo largamente accomunati ai ‘normali’. Ma, trasfondendo nel recinto giuridico la linea di spartiacque appena indicata, il codice, oltre ad accomunare situazioni fisiche di portata incomparabile, quali cecità e sordità, restituiva anche aspetti di difficile definizione. Si registrarono risalenti e ampi dibattiti scientifici per stabilire un *dies a quo*: dalla nascita o dall’infanzia o, meglio, dalla prima infanzia secondo le ponderate riflessioni proposte successivamente da Alfredo Ascoli⁹. Era una questione che rinviava ancora all’idea che si fosse di fronte a fenomeni naturali tanto crudeli quanto insuperabili, per i quali, a fini giuridici, nessun rimedio era da ritenersi pienamente efficace. Anche le soluzioni educative e correttive che dalla seconda metà del Settecento erano state sperimentate e affinate da lodevoli filantropi in Italia e in Europa non erano ancora assurte a veicoli decisivi per la piena ‘riparazione’ e riabilitazione di tanti sciagurati.

Si fissava l’inabilitazione *ex lege* sulla base di una generica presunzione di imperfezione mentale, che prescindeva da ogni forma di accertamento e interlocuzione da parte di un giudice, quindi si statuiva il riconoscimento di una limitata capacità nella determinazione di atti dispositivi *inter vivos*. Sminuendo il valore personale e sociale delle singole individualità, nella formulazione del testo era prevalso un antico e consolidato convincimento che collegava al *deficit* organico quello intellettuale o di *insania mentis*. Il codice italiano rinunciava al principio del cittadino giuridicamente eguale, che il Code Napoléon finalmente aveva abbracciato in pieno, dopo secoli oscuri e di deleterio particolarismo giuridico, rimettendo la verifica di incapacità ad un eventuale accertamento giudiziale *a posteriori*.

⁹ A. ASCOLI, *I sordomuti e l’art. 467 del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 23, 1931, 87-88.

Tale opzione invalidante comportò che ai disabili sensoriali si attribuisse una semicapacità, l'unica veramente compatibile con la prioritaria preoccupazione della «salvezza» dei beni e «del patrimonio» da possibili frodi e inganni. Era una necessità dominante che comportava il ricorso a una «speciale assistenza»¹⁰. Nello specifico, l'art. 339 cod. civ., per tali soggetti, subordinava all'affiancamento di un curatore «la possibilità di stare in giudizio, fare transazioni, prendere a prestito, ricevere capitali, rilasciare liberazioni, alienare od ipotecare i suoi beni, [...] fare altro atto che ecceda la semplice amministrazione». Come indicato da Massimo Dogliotti, l'inabilitazione è stata e continua ancora ad essere, «a scapito dei profili personali, [...] una protezione di tipo patrimoniale» che, in una prospettiva comune a tutto il codice vigente, non è esente da rigidità eccessiva¹¹.

Per un minorato sensoriale vissuto nell'Italia dell'Ottocento gli ostacoli incontrati *de facto* nella manifestazione della volontà e del pensiero si sommarono a quelli posti dal diritto. In particolare, la criticità della situazione diveniva palpabile ogni qualvolta si verificava lo «sconcio [...] possibilissimo» di persone che in certi atti necessitavano di essere assistite da un curatore, «mentre questo non esisteva» perché mai designato¹². Il che succedeva quando sfuggiva all'attenzione del Consiglio di famiglia di provvedere alla nomina di un soggetto di supporto al menomato neomaggiorenne, determinando, paradossalmente, che fosse l'inabilitato stesso ad avanzare un sollecito ai congiunti, laddove consapevole delle prescrizioni legali. La figura di sostegno predisposta dal legislatore

¹⁰ *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriali e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice*, I. *Relazioni (Ministeriali e Senatoria)*, a cura di S. Gianzana, Torino, 1887, 239 e 241.

¹¹ M. DOGLIOTTI, *I diritti dell'anziano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 41, n. 3, sett. 1987, 714-715. Analoghe riflessioni in ID., *La condizione giuridica dell'anziano*, in *Dir. famiglia*, 1988, 1859 ss.

¹² O. SECHI, *Sull'art. 340 del codice civile*, in *Il Filangieri*, 20, 1895, 567.

e mal disciplinata¹³ rimaneva affidata alla diligenza e rettitudine del gruppo parentale, in capo a cui si stabiliva un mero dovere morale privo di sanzione giuridica. In mancanza di adempimento, un'altra onta si riversava sul disabile, inchiodandolo prigioniero di un disagio con il rischio, davvero, di un temibile raddoppio. La letteratura sociale ottocentesca svelava e denunciava realisticamente quadri familiari ordinari, in cui si annidavano penose zone d'ombra non aliene da storie di velata schiavitù e miserie umane¹⁴.

Ex art. 340 cod. civ., potendo il tribunale riabilitare¹⁵ *ex post*, si offriva al giovane imperfetto una peculiare opportunità di riscatto dalla parziale incapacità. Ma a ben vedere, al di là del tenore tranquillizzante della regola enunciata, anche questa potenziale soluzione di grazia poteva rivelarsi una sventurata disgrazia e sottoporre l'interessato ad altri corrucianti affanni e tensioni emotive. Il giurista e magistrato ferrarese Luigi Borsari commentava che il Consiglio di famiglia «ha il dovere di premettere un'altra investigazione, se non si tratti anche di persona capace malgrado i suoi difetti corporali. [...] Se si trovi in questa persuasione deve proporre lo scioglimento del vincolo al tribunale»¹⁶. Verificandosi però l'ipotesi dell'inerzia familiare, con relativo calo di considerazione e tutele, il 'fragile' che ne rimaneva usualmente in balia, per salvarsi doveva sopportare il peso di un

¹³ «La qualità del curatore, in qual modo sarà nominato, è quello che non dice l'art. 340». Il rilievo è espresso da L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, I, Torino-Napoli, 1871, art. 340, 1101.

¹⁴ «Questa vigilanza bene esercitata potrà riparare a certi errori o scandali, che commossero la immaginazione di moderni romanzieri». Cfr. *Codice civile preceduto*, I, cit., 241.

¹⁵ Alla magistratura spettava «il definitivo giudizio che proferisce in camera di consiglio, senza contraddittorio, sentito il pubblico ministero». Di questo snello iter procedimentale dà notizia L. BORSARI, *Commentario*, I, cit., art. 340, 1102.

¹⁶ L. BORSARI, *Commentario*, I, cit., art. 340, 1102.

altro gravoso carico imposto dalle opacità vessatorie del diritto. In pratica, la sedicente «illuminata legislazione italiana», incarnata dall'art. 340, ribaltava sulla sua persona, senza fornirgli l'istruzione minima per conoscere il dettato normativo¹⁷, l'onere per niente agevole dell'iniziativa e di fornire al magistrato prove convincenti, idonee a dimostrare la raggiunta piena capacità di provvedere alla gestione dei propri interessi e affari.

Insomma, in presenza di tante oppressioni legali, una decisione favorevole e liberatoria diveniva un traguardo eccezionale e molto sofferto. Inutile aggiungere che, sulla base della debolezza di mente, la condizione di inabilitazione poteva imboccare pure la direzione opposta e sfociare nell'interdizione¹⁸, determinando un passaggio dalla seconda classe, caratterizzata dall'anomalia del solo «sistema sensitivo», alla prima, vale a dire alla categoria dei «cretini» e degli «imbecilli nati» per riscontrata «mostruosità del cervello»¹⁹.

Le critiche al dettato codicistico, confezionate dagli altri formanti interpretativi, si levarono immediatamente. Che le difficoltà esistenziali e formative incontrate dai sordomuti fossero molto più complesse di quelle dei ciechi era indubbio e già la scelta prudenziale di unificarle appariva una odiosa forzatura normativa. Intanto si palesò nettamente che la vera problematica da risolvere, in relazione a tali 'presunti incapaci', risiedesse nell'individuazione

¹⁷ Tale «strana contraddizione», persistendo l'assenza di uno specifico obbligo scolastico per i minorati sensoriali, fu rilevata da L. CREDARO, *Per la causa dei Sordomuti*, II, in *Rivista popolare di politica, lettere e scienze sociali*, 3, n. 9, 15 nov. 1897, 175.

¹⁸ *Codice civile preceduto*, I, cit., 241. «Sembra che al Codice austriaco si debba attribuire il merito di maggiore provvidenza, avendo preso in considerazione anche il caso della imbecillità del sordo-muto come fatto non inerente per natura a quei vizi corporei, benché talvolta ne sia l'effetto». La precisazione con i suoi complessi retroscena è in L. BORSARI, *Commentario*, I, cit., art. 340, 1101.

¹⁹ Sulle due classi di sordomuti si sofferma a A. GIORDANO, *Comento delle leggi civili del regno delle Due Sicilie*, IV, Napoli, 1849, art. 860, 112-113.

di modalità e strumenti educativi in grado di svilupparne l'intelletto e di consentire la produzione di chiare ed esplicite manifestazioni della volontà e del pensiero.

Che la questione dell'integrità psichica e quella della comprensione-comunicazione dovessero disgiungersi era stato un argomento ampiamente studiato e sviluppato in area francese. Sin dalla prima metà del secolo XIX un ambiente scientifico e culturale molto fertile, di connotazione medico-legale, combatté per allontanare il *focus* dallo stigma classico della anormalità e imperfezione intellettuale. Uno stereotipo insinuante e pervasivo, che aveva largamente permeato la trattatistica moderna e gran parte degli orientamenti giurisprudenziali²⁰.

Nel riassumere gli sviluppi di una lunga battaglia e ricerca scientifica, l'educatore senese Giulio Ferreri, nei primi del '900, poteva finalmente affermare che «il sordomutismo è fenomeno psico-pratico secondario in ordine alla vita dello spirito e dell'intelligenza»²¹. Di fronte a tali raggiunti esiti scientifici ed ideologici, trattando di *res cogitantes* l'obiettivo si spostava sui processi speciali d'istruzione, quali unici correttivi immaginabili e su cui concentrarsi per addivenire ad un miglioramento della condizione giuridica coeva e prospettare una riforma del dettato normativo codificato.

Una sorta di resoconto, a tutto il 1880, consente un affaccio puntuale sullo stato dei fatti e sulle dinamiche che animavano le varie esperienze didattiche in corso²². D'altro canto il maggior vanto di cui poteva onorarsi il secolo XIX consisteva nell'aver segnato il definitivo passaggio dalla semplice relegazione dell'*homo*

²⁰ Rinvio a I. DEL BAGNO, *Da incapaci a disabili. Minorati sensoriali e cultura dei diritti*, Torino, 2021, cap. II e III.

²¹ Così riferiva E. SCURI, R. Scuola di metodica per il Magistero dei Sordomuti, *Pedagogia emendatrice*, Dispensa del 2° anno 1907-1908 (ms. litografato), 201.

²² In proposito si rinvia al volume della *Rivista della beneficenza pubblica e delle istituzioni di previdenza*, 9, 1881, che accorpa tutti i contributi raccolti mensilmente.

debilis in tristi ospizi o ricoveri, a più significative attività di formazione primaria.

2. La ricerca e le sfide di una pedagogia speciale

È tuttavia il caso di soffermarsi a considerare che appena da qualche tempo, su disposizione del ministro della Pubblica Istruzione Michele Coppino, all'intera nazione italiana era stato imposto l'obbligo legale di frequenza della scuola elementare. Ai minori regnicoli di età compresa dai sei ai nove anni²³ si propinavano subito «le prime nozioni dei doveri dell'uomo e del cittadino». In un'impresa inaugurata come una vera missione civilizzatrice della collettività, la preparazione da impartire, oltre ad inculcare il senso morale dell'appartenenza allo Stato unitario di recente formatosi, comprendeva «la lettura, la calligrafia, i rudimenti della lingua italiana, della aritmetica e del sistema metrico»²⁴.

L'attuazione di una riforma di così innovativo spessore sociale richiese necessariamente di essere subordinata allo svolgimento di indispensabili operazioni preliminari, comprendenti la redazione degli elenchi dei Comuni «nei quali l'istruzione elementare p[otesse] essere dichiarata obbligatoria», l'appostamento nei bilanci locali di voci di spesa per «apparecchiare i fondi necessari alla istituzione delle nuove scuole»²⁵, il reclutamento del personale insegnante e soprattutto il censimento dei bambini in età scolare interfacciandolo con i dati emessi dagli Istituti di beneficenza

²³ L'obbligo scolastico riguardava i minori «ai quali i genitori o quelli che tengono il luogo non procaccino la necessaria istruzione, o per mezzo di scuole private [...] o con lo insegnamento in famiglia». Cfr. L. 15 luglio 1877, n. 3961, art. 1, in G.U. del Regno d'Italia, n. 177, 30 luglio 1877.

²⁴ L. 15 luglio 1877, n. 3961, art. 2, in G.U. del Regno d'Italia, n. 177, 30 luglio 1877.

²⁵ *Regolamento per la legge sull'obbligo dell'istruzione elementare*, Torino, 1877, artt. 2 e 6.

ospitanti orfani, esposti e senza famiglia²⁶. Accanto agli impegni di cui si investivano direttamente gli enti amministrativi territoriali (Comuni e Province), erano prescritte precise sanzioni, in forma di ammonizioni e ammende, per i genitori inottemperanti e che non provvedessero a giustificare i «fanciulli mancanti alle scuole»²⁷.

I risultati sperati furono tutt'altro che repentini. Il decollo della scuola popolare stentava ad avviarsi per ragioni plurime, concernenti il cattivo stato dei «casamenti» disponibili, la «povertà dei Comuni», la scarsa consistenza numerica e qualitativa dei docenti, che suggeriva un lavoro di revisione rivolto anche allo sviluppo di apposite scuole magistrali²⁸.

Incrociandosi inevitabilmente con le sfide dettate dalle generali condizioni di partenza della riforma Coppino e con l'insidioso accumulo di ritardi italiani, i percorsi educativi destinati ai minorati dei sensi usufruivano ancora di ridotte opportunità. Il che allontanava il raggiungimento di un traguardo soddisfacente e continuava a mantenerli separati dalla comunità civile. Non mancava chi in una lungimirante riflessione sul *novus ordo* dell'istruzione statale normale, rivolgeva lo sguardo ai non vedenti, estensibile anche ai sordi, rilevando espressamente che costoro «non devono essere posti fuori dalla legge, anzi devono formare oggetto di cure ed attenzioni speciali da parte dell'Autorità. Ora che l'istruzione è obbligatoria, ciò che per gli altri è un dovere, pei ciechi è un diritto»²⁹.

²⁶ L. 15 luglio 1877, n. 3961, art. 1.

²⁷ Regolamento, cit., art. 19.

²⁸ Ne erano consapevoli M. Coppino e il suo *entourage* tecnico, come emerge da G. BUONAZIA, *Sull'obbligo della istruzione elementare nel Regno d'Italia, Attuazione della legge 15 luglio 1877*, Roma, 1878, *Premessa*, III-IV, VIII, *passim*. In tema, rinvio almeno a S. SANTAMAITA, *Storia della scuola. Dalla scuola al sistema formativo*, Milano, 1999.

²⁹ Cfr. D. SOLIANI, *L'istituzione di una scuola per ciechi a Reggio Emilia*, in *Rivista della beneficenza pubblica e delle istituzioni di previdenza*, 9, n. 4 (30 apr.), 1881, 323.

La piega del discorso, per quanto in alcuni tratti spingesse verso precoci e avvertite anticipazioni³⁰, induceva a posare lo sguardo su una problematica assai frastagliata, interagente con almeno altre due complesse e sostanziali istanze: una di livello istituzionale, inerente all'edificazione e distribuzione geografica di scuole e convitti dedicati, nonché ad una copertura finanziaria solida per quanto oscillante tra sovvenzioni pubbliche e private³¹; l'altra rimaneva più settoriale e interna, ma non in secondo piano, e verteva sullo statuto pedagogico dell'insegnamento, su un'organizzazione razionale e coordinata dell'impianto didattico, sulle competenze e sugli strumenti da adottare.

Se tra le sciagure umane, «la più terribile dopo il cretinismo o la pazzia è certo nascere sordomuto»³², le vicende dei ciechi, per quanto afferenti ad una distinta e meno incresciosa categoria concettuale ed esistenziale, erano accomunate a quelle dei non udenti, oltre che dalle previsioni dell'art. 340 cod. civ., pure dalle questioni che investivano l'architettura educativa e le pratiche attuate in presenza del *deficit*. Per entrambe le infermità sensoriali si denotavano analoghe incertezze e carenze strutturali, con l'aggiunta di un'estesa discrepanza e frammentazione in ambito propriamente metodologico-formativo. Una questione non banale, questa, che contribuiva a originare rallentamenti e contrasti nella formulazione di puntuali piani di riforma e nell'interlocuzione con le autorità governative e religiose³³.

³⁰ «Perché dunque non debbono partecipare essi pure all'istruzione impartita nelle pubbliche scuole? Perché non debbono imitare quelle nazioni che mandano i ciechi alle scuole dei veggenti?» (D. SOLIANI, *L'istituzione*, cit., 323).

³¹ D. SOLIANI, *L'istituzione*, cit., 322.

³² L. ANZOLETTI, *La nuova era civile dei sordomuti e il Congresso di beneficenza dei sordomuti di Milano*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 18, fasc. 72 (dic.), 1898, 530.

³³ Quanto fosse problematico il reperimento di risorse economiche, ma anche di locali idonei e di insegnanti competenti, emerge da D. SOLIANI, *L'istituzione*,

Vero è che, in un sistema di istruzione speciale, creato e gestito prevalentemente attraverso iniziative caritatevoli e filantropiche, il metodo Braille negli anni '80 dell'Ottocento, come indicavano le riviste di settore, incontrava ancora scetticismo e resistenze sul territorio nazionale. Tra gli ostacoli alla sua unanime accoglienza e recezione si annoveravano l'assenza di una legge *ad hoc* che ne sancisse l'ufficialità e la constatazione che richiedesse, «per essere ritenuto, un esercizio continuo»³⁴. Leopoldo Rodinò, fondando a Napoli la Scuola e Convitto Strachan per ragazze cieche poverissime, attestava di averlo adoperato e sperimentato. Ne segnalava i sicuri esiti positivi, perché «s'impara a scrivere e si scrive più presto», mentre l'Istituto padovano «ostinatamente» lo rifiutava³⁵. In area veneta la preferenza ricadeva sul «vecchio metodo tedesco per la scrittura comune» utilizzando, al pari dei vedenti, semplicemente foglio e matita³⁶. Nell'Istituto partenopeo, invece, si era addivenuti ad un efficace accomodamento, per cui il sistema puntinato francese conviveva, in parallelo, con il «carattere comune rilevato». Questo artificio espressivo, realizzato adattando la tecnica tattile del Braille alle forme e ai canoni linguistici ordinari, presentava l'utilità immediata di essere leggibile anche dai «veggenti». Il sicuro pregio di facilitare la comunicazione scritta

cit., 321 ss. In ogni caso «la chiesa ebbe parte notevolissima; parve ch'essa volesse compensare questi infelici dell'abbandono in cui, per errore scientifico e pregiudizio, li lasciò quando da sola reggeva le sorti dell'umanità». Cfr. l'analisi dell'on. L. CREDARO, *Per la causa*, II, cit., 174.

³⁴ D. SOLIANI, *L'istituzione*, cit., 324.

³⁵ L. RODINÒ, *Dell'indirizzo dell'educazione dei ciechi*, in *Rivista della beneficenza pubblica e delle istituzioni di previdenza*, 9, n. 12 (31 dic.), 1881, 1146.

³⁶ L. VITALI, *Le Istituzioni di beneficenza all'esposizione industriale di Milano*, in *Rivista della beneficenza pubblica e delle istituzioni di previdenza*, 9, n. 9 (30 sett.), 1881, 755.

riusciva a raccordare normodotati e ciechi, senza relegarli in un proprio ed impenetrabile «mondo a parte»³⁷.

Non mancarono altri ripudi e ostracismi motivati dalla considerazione che il codice Braille assomigliava a «una sorta di crittografia». Il suo utilizzo appariva perfetto nel campo della musica, ma sempre dispendioso sul piano dell'insegnamento, in quanto condizionato dall'impiego di maestri «patentati». La resa complessiva si poteva considerare non proprio ottimale nell'orizzonte sociale e delle relazioni interpersonali, in quanto finiva per «isola[re] ancor di più il cieco»³⁸. Pertanto, induceva a lesinare sul suo impiego la convenienza riscontrata in altre invenzioni³⁹, tra cui il ricorso ad una forma di lettura e scrittura a rilievo 'italianizzata', specialmente nei casi in cui destinatari del processo formativo erano persone destinate ai lavori manuali o «donneschi»⁴⁰ e che nel futuro avrebbero dovuto comporre solo

³⁷ L. RODINÒ, *Dell'indirizzo*, cit., 1145-1146. Anche l'Istituto di Milano usava i due sistemi di lettura: «s'insegna il primo metodo per mettere nelle mani dei ciechi libri che possono leggere anche i veggenti, ma principalmente perché il cieco possa poi scrivere in modo da mettersi in comunicazione coi veggenti stessi. Si insegna il metodo Braille, perché è per un cieco il più facile a leggersi e a scriversi ed il più comodo e il meno dispendioso per la comunicazione dei ciechi fra loro. [...] Si fa precedere però l'insegnamento del carattere comune come più necessario per imparare anche a scrivere, e perché, essendo meno accetto, il cieco lo imparerebbe con minor voglia se fosse già in possesso del sistema da esso preferito, cioè il Braille». Cfr. la voce *Ciechi (istruzione dei)*, in *Lexicon Vallardi. Enciclopedia Universale illustrata*, III, Milano, 1887, 178.

³⁸ R. PIGLIACAMPO, *Nuovo dizionario della disabilità dell'handicap e della riabilitazione*, Roma, 2009, 62-63. Fu Victor Ballu a formulare la proposta metodologica di «sostituire la linea punteggiata con la riproduzione in rilievo delle lettere comuni» pur con il limite della lentezza della scrittura e della maggiore difficoltà di lettura. Il Braille resta, in ogni caso, il sistema adottato in tutto il mondo.

³⁹ Le illustra con cura la voce *Ciechi (istruzione dei)*, cit., 177. L'uso del metodo Braille era largamente diffuso in Svizzera, Francia e Germania (p. 178).

⁴⁰ L. RODINÒ, *Dell'indirizzo*, cit., 1147. Prima della riforma scolastica del 1923, quando «fortuna o destino» consentivano a qualche fanciullo di entrare in uno degli

piccoli testi e lettere accessibili a qualunque destinatario e non anche opere o trattati letterari.

In ogni caso, al di là delle tante dispute, era pur vero che il percorso pedagogico intrapreso si mostrava virtuoso quando i risultati raggiunti erano rapidi e tangibili: questi arrecavano un sicuro vantaggio ai discenti, la cui educazione scolastica elementare conferiva spazi di autonomia di vita e la possibilità di guadagnarsi da vivere; altresì rassicuravano i soggetti estranei e terzi che con quelli avrebbero intrattenuto relazioni commerciali o professionali, comunque produttive di effetti giuridici. Un congegno funzionante e proficuamente vantaggioso all'umanità debole consentiva, inoltre, di captare la generosa munificenza dei benefattori, che continuavano ad essere il principale motore economico della maggior parte degli enti di istruzione⁴¹.

Se mancava ancora una visione e una progettualità didattica coesa e unitaria per i menomati della vista, contandosi in Italia più formule di lettura e scrittura, un'altra criticità risiedeva nel fatto che rimanevano assai scarse le strutture specializzate, anche sostenute esclusivamente da sussidi privati. In Sicilia mancavano completamente, benché sull'isola si contasse una presenza di oltre tremila ciechi⁴².

istituti speciali retti dalla beneficenza privata, «il suo avvenire era tutt'altro che assicurato». In quelle sedi, «fatta salva qualche lodevole eccezione», gli alunni ricevevano tutt'al più un'educazione, fornita da parte di «signorine della buona società del primo Ottocento», basata su pochi rudimenti di lingua, d'aritmetica e musica. «Incompetenza di dirigenti e d'insegnanti, mancanza di materiale didattico, ignavia e ostinazione di scetticismo non consentivano di andare oltre». Cfr. le testimonianze raccolte in *Una vita per una mèta. Le opere e le idee di Paolo Bentivoglio attraverso i suoi scritti*, a cura dell'Unione Italiana Ciechi, Bologna, 1966, 45.

⁴¹ *Una vita per una mèta*, cit., 45.

⁴² L. VITALI, *Gli allievi dell'Istituto dei ciechi di Milano a Londra e Parigi*, in *Rivista della beneficenza pubblica e delle istituzioni di previdenza*, 9, n. 6 (30 giu.), 1881, 478.

A proposito dei sordomuti, analogamente, nel 1880 ancora si disputava in merito all'indirizzo da preferire per educarli e metterli «in comunicazione con la società». Pur partendo dal condiviso e assodato convincimento che i «sordo-muti sono capaci di istruzione»⁴³, permaneva la contesa riferita sostanzialmente alla scelta tra il metodo iniziato dall'abate de l'Epeé a Parigi e impostato sull'uso del linguaggio mimico e sulla scrittura, adottato in Francia, Inghilterra, Svezia e America, e il differente orientamento coevo intrapreso da Samuel Heinicke⁴⁴, basato sulla «parola artificiale e sulla lettura della parola sulle labbra», poi ripreso e perfezionato dalla scuola neotedesca di Moritz Hill.

Agli educatori di area germanica si riconosceva il merito di aver predisposto uno speciale ed evoluto itinerario didattico, definito per gradi e nel rispetto di alcuni principi di base, che profilava l'esclusione del supporto dei mezzi artificiali⁴⁵. Quella tracciata

⁴³ P. FORNARI, *Il sordomuto che parla. Osservazioni e note*, Milano, 1872, 9. «Oramai si ritiene da tutti che *intendere* è un atto essenziale dell'animo nostro, e l'arte dell'educatore sta tutta e solo in porgere i mezzi perché quell'atto si compia nel modo più conveniente» (p. 28). Se la minorazione poteva «scema[re] grandemente la capacità intellettuale del bambino» trascurato, un'educazione speciale riusciva a riequilibrare la situazione. Era palese che la legge morale, ossia la distinzione tra bene e male, fosse compresa e recepita anche dai soggetti non istruiti «secondo le circostanze di età, di famiglia, di indole e di intelligenza». L'assimilazione al «bruto» rientrava in quelle non poche «esagerazioni» in cui erano caduti diversi scrittori. Cfr. voci *Sordità* e *Sordomuti*, in *Lexicon Vallardi. Enciclopedia Universale illustrata*, X, Milano, 1898, 32-34.

⁴⁴ Del «sistema muto» e del «sistema orale» esistevano anche ulteriori varianti e suddivisioni. Cfr. in proposito la voce *Sordomuti*, cit., 34. Specifiche indicazioni sull'indirizzo tedesco si leggono in E. SCURI, *Lezioni di pedagogia per sordomuti*, Dispensa del I anno 1906-1907, I, (ms. litografato), 83; ID., *Pedagogia emendatrice*, cit., 28-29.

⁴⁵ Si utilizzava la lettura del labiale, escludendo la mimica artificiale e l'alfabeto manuale, oltre che il sistema misto e le soluzioni empiriche. Cfr. E. SCURI, *Pedagogia emendatrice*, cit., 35. Per altri dettagli si rinvia a P. FORNARI, *Il sordomuto che parla*, cit., 33-34. Nel 1872 si poneva in risalto che Giulio Tarra ed altri studiosi

appariva anche la ‘cura’ più consona a restituire i portatori del difetto uditivo alla società e vederli «redenti alla condizione di uomini»⁴⁶ e non più come una sottospecie. La capacità di comprendere e riprodurre la lingua parlata risultava essere un passo importante in grado di comprimere i margini di irregolarità e, avendo «di mira il cittadino»⁴⁷, facilitare l’assimilazione a ogn’altro individuo. L’assunzione del modello medico e la preoccupazione di condurre alla normalità le persone con *deficit* sensoriale, nello

già concordavano sui benefici del metodo orale stabilendo «l’inferiorità della mimica sia naturale che artificiale, dei gesti, dello scritto e dell’alfabeto manuale». Cfr. A. ZUCCHI, *Introduzione*, dedicata a T. Pendola, in *Sulla educazioni dei sordo-muti in Italia*, 1, 1872, *Discussioni e proposte dell’VIII congresso pedagogico di Venezia*, 10 e *passim*. P. FORNARI, *Il sordomuto che parla*, cit., 10, rimproverava all’educatore tedesco di aver fatto sempre mistero delle modalità pratiche del suo indirizzo, mentre correva voce che probabilmente associasse ad ogni vocale il sapore di una sostanza particolare (p. 11 e nt. 1).

⁴⁶ Cfr. *Gli istituti e le scuole dei sordo-muti in Italia*, in *Rivista della beneficenza pubblica e delle istituzioni di previdenza*, 9, n. 3 (30 mar.), 1881, 249.

⁴⁷ «La scuola ecclesiastica iniziata dall’ab. de l’Epée» era prevalentemente «intenta a fare il cristiano», a provvedere ai destini dell’anima, mentre «la scuola laica» di Heinicke voleva prima fare l’uomo, per cui «avendo di mira il cittadino pensava: Solo la parola può congiungere il sordomuto alla società; dunque facciamolo parlare». Tali passaggi salienti furono sintetizzati dal prof. L. CREDARO, *Per la causa dei Sordomuti*, I, in *Rivista popolare di politica, lettere e scienze sociali*, 3, n. 8, 30 ott. 1897, 150-151. Questa diversità di impatto spiegava perché il ministro della P.I. Francesco De Sanctis, visitando l’Istituto di Milano, «assistette senza dare alcun segno d’interessamento alle prove scritte e al linguaggio pantomimico degli alunni» (p. 150).

sforzo di provvedere alla cura e all'assistenza⁴⁸, alla riparazione e al riscatto, costituivano il *leitmotiv* dominante tale orientamento⁴⁹.

⁴⁸ Come rappresentava Mariano D'Amelio, l'assistenza in Italia era stata a lungo «la forma socialmente più progredita della beneficenza» e della carità, ma senza venir mai considerata, per quanto meritoria, come «un'obbligazione giuridica». Mentre in Inghilterra si connotava come una «funzione di Stato», tradizionalmente accolta dalla monarchia ben prima del *Poor Law Amendment Act* del 1834, in patria l'intervento pubblico presentava una valenza compensativa e, sostanzialmente, frammentaria, attivandosi in genere a seguito della «sproporzione fra la gravità delle miserie da soccorrere e l'impulso spontaneo dei privati al soccorso». Il che articolava l'assistenza legale «per cerchi concentrici», coinvolgendo in ordine crescente il nucleo familiare, il Comune con la Congregazione di Carità, la Provincia e poi lo Stato. Quella «super-legge», che era la Carta del Lavoro, nelle sue ultime proposizioni, aveva opportunamente convertito gli scopi di assistenza, istruzione e di educazione enunciati dalle associazioni professionali, da obbligo morale o politico, in obbligo giuridico. Cfr. M. D'AMELIO, *Sul carattere giuridico dell'assistenza*, in *Assistenza fascista*, 1, 1935, 20-23. Sulle vicende inglesi relative allo sviluppo dei diritti sociali, tra Otto e Novecento, cfr. L. PACINOTTI, *L'ingranaggio della cittadinanza sociale. Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service*, Milano, 2023, cap. I e *passim*.

⁴⁹ La svolta era il segno del cambiamento dei tempi intenti a disperdere le diversità e ogni elemento perturbatore dell'ordine. Se nel 1783 la dicotomia tra i due sistemi era stata risolta dall'Accademia di Zurigo a favore del metodo mimico francese, l'opposto indirizzo, vincente a Milano, conquistò un traguardo importato ma non definitivo: nel 1960 l'argomento era dibattuto con l'auspicio che la mimica e la scrittura riprendessero il loro prezioso ruolo nell'insegnamento, quale segno di una raggiunta convergenza dei modelli pedagogici. Tale testimonianza emerge da E. CIMINO, *Psicopedagogia del bambino sordo*, Firenze, 1978, 41. Solo nel 21° Congresso internazionale sull'istruzione dei sordi, svoltosi a Vancouver 2010, si è definito un ripudio radicale delle risoluzioni di Milano del 1880 che vietarono il linguaggio dei segni nei programmi educativi, con l'effetto di ritardare a livello mondiale l'affermazione del multilinguismo e il raggiungimento da parte dei sordi di un'eguaglianza minima di vita. Cfr. <https://wfdeaf.org/news/international-congress-of-the-deaf-iced-july-18-22-2010-vancouver-canada/> (consultazione del 20-11-2024).

In nome della «superiorità» della parola le scuole italiane, fino ad allora del tutto disarticolate e disunite⁵⁰, optarono per la pratica rigorosa del più complesso, nonché dispendioso, metodo fonico-orale. Con i suoi 230 partecipanti, fu il Congresso internazionale degli educatori dei sordomuti, tenutosi a Milano nel settembre 1880, ad esprimere ampia preferenza per la direzione oralista pura, pronunciandosi a favore di una conformità umana e di una normalizzazione che passava attraverso la messa a bando del linguaggio dei gesti e faceva salva soltanto la mimica spontanea⁵¹. Il mezzo espressivo dei cenni perdeva prestigio nei circuiti ufficiali ma, in quanto di più facile portata, rimaneva in uso nel vissuto familiare e informale, comunque negli strati sociali meno abbienti.

Quella tanto acclamata svolta metodologica finì per creare una spaccatura che andava oltre l'istruzione: indicava un'implicita scissione tra un livello elitario e di qualità elevata, da quello ben più basso in cui era relegata la massa, rinsaldando le differenze sociali. Non a caso, dopo qualche lustro e alla luce dei primi risultati, in occasione del «Congresso di beneficenza per i sordomuti» tenutosi nell'aprile del 1898 a Milano, l'avv. Natale Zucchi, membro del

⁵⁰ È noto il tentativo di Tommaso Pendola di creare un luogo di dialogo e di scambio tra gli educatori italiani dando vita, nel 1872, ad una rivista dedicata, dal titolo *Dell'educazione dei sordo-muti in Italia*. «Il male dei nostri maggiori fu quello che, introdotto in una scuola un sistema, non pensarono ad sperimentarne un altro; e mentre ciascuno faticava a perfezionare il proprio, avversava l'altrui». Le incertezze riguardavano anche il *dies a quo* dell'età scolare e la complessiva durata. T. PENDOLA, *Scopo di questo periodico*, in *Dell'educazione dei sordo-muti in Italia*, 1, 6.

⁵¹ A. FRANK, *Del metodo migliore per l'educazione e l'istruzione dei sordo-muti*, in *Rivista della beneficenza pubblica e delle istituzioni di previdenza*, 9, n. 1, 31 gen. 1881, 5-9. La formazione dei docenti per l'acquisizione di tale metodo si svolgeva nei Regi Istituti di Milano e di Siena, a favore dei quali già nell'estate del 1881 l'on. Giulio Carlo Bianchi chiese una maggiore dotazione finanziaria, oltre a sollecitare l'obbligo scolastico generalizzato. Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIV Legislatura, Sessione del 1880-81, Discussioni*, VII, Roma, 1881, tornata del 5 lug. 1881, 7075-7076.

Consiglio direttivo dell'Istituto meneghino, «fece voti» affinché il potere legislativo eliminasse almeno per i *surdi loquentes*, ossia «istruiti con la parola e alla parola», quelle restrizioni, quelle incapacità che, «nel campo del diritto pubblico e privato», per loro non avevano «più ragione d'essere»⁵².

3. *Attività parlamentare e interrogazioni ministeriali*

Intanto, sia per i ciechi che per i sordi, la persistente discordanza tra gli specifici indirizzi di 'pedagogia emendatrice' assunti e praticati nei singoli istituti italiani rappresentava un notevole freno nella prospettiva di possibili interventi normativi da elaborare. Tale specifico problema fu tra i più rilevanti posti sotto i riflettori, quando si formularono mirate interrogazioni al ministro della Pubblica Istruzione⁵³ con l'obiettivo, ispirato a maturi principi

⁵² Cfr. lo stralcio riportato in L. ANZOLETTI, *La nuova era*, cit., 534. *Surdus loquens* (Amsterdam 1692) era il titolo dell'opera redatta dallo svizzero J.K. Amman che per primo sostenne la bontà del metodo orale.

⁵³ *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIV Legislatura, Sessione 1880-81, Discussioni*, V, Roma, 1881, tornata del 24 gen. 1881, 4107. L'on. Giulio Carlo Bianchi formulava l'istanza di predisporre un disegno di legge per estendere finalmente l'obbligo scolastico anche ai soggetti privi di udito. Chiedeva al ministro «d'annunziare all'Italia che finalmente l'era dell'abbandono dei poveri sordo-muti può ritenersi chiusa. Ed è veramente urgente che si apra per questi infelici un nuovo men triste periodo: ciò è vivamente reclamato dall'umanità, dalla giustizia e dalla dignità nazionale. Sarebbe infatti inumana cosa abbandonare più a lungo tanti infelici condannati a vivere nell'isolamento [...], mentre è dimostrato che possono essere restituiti all'umano consorzio da un'opera di sublime carità. Ingiusto sarebbe il prolungare questa situazione di cose, che è in contraddizione coi più larghi principii del nostro diritto pubblico, continuando a rifiutare la mano soccorritrice della società ad una classe di cittadini, che ha tanto bisogno del suo aiuto negando loro quell'unica istruzione che può per essi riuscire utile, mentre abbiamo proclamato il principio che tutti i cittadini hanno diritto d'esser istruiti». La proposta tratteggiata consisteva nel passaggio dalla pietà privata all'azione sociale del governo. Analoghi concetti

solidaristici e di giustizia sociale⁵⁴, di provvedere ad estendere l'istruzione obbligatoria gratuita anche ai minorati dei sensi. Che alla fine del «democratico» XIX secolo, «pieno di commiserazione per la sventura, di illuminismo politico, di millantato progresso in tutte le manifestazioni della vita economica e sociale, vi siano Governi, che ancora abbandonino sulla via questi disgraziati, è delitto sociale grave»⁵⁵.

Purtroppo l'Ottocento in Italia si chiudeva in passivo, con il «primato» negativo in Europa per aver continuato l'«allevamento di selvaggi» sia nei paesi che nelle città, trascurando il fondamentale dovere di fornire una scolarizzazione obbligatoria allargata a tutti. Sottolineavano limpidamente tale arretratezza le sferzanti espressioni dell'on. Luigi Credaro, sostenendo che «né vale a giustificazione addurre la legge del tempo, o la sua giovinezza nazionale, o ragioni finanziarie. Qui si tratta di ignoranza crassa e colpevole, di neghittosità, di assenza assoluta di un concetto pedagogico e civile»⁵⁶. In effetti, «a tutti i cittadini lo Stato, rappresentato dal Governo, fa obbligo dell'istruzione, ma realmente obbliga sé stesso con la gratuità a fornirla loro, riconoscendo così il dover suo tutorio di procacciare a ciascuno de' suoi membri quel tanto di beni intellettuali comuni». Questo diritto

furono ribaditi dall'on. Credaro nel 1896 puntualizzando che «mentre l'Olanda il Belgio, l'Austria hanno stabilito l'obbligatorietà dell'istruzione per i ciechi come per i veggenti, noi non abbiamo fatto quasi nulla». Parimenti i sussidi per i sordomuti «sono meschini assai, inferiori persino a quelli della Russia». Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIX Legislatura, Sessione 1895-1896, Discussioni*, IV, Roma, 1896, tornata del 28 mag. 1896, 4842. Analoghi raffronti furono formulati dall'on. Rampoldi. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIX Legislatura, Sessione 1895-1896, Discussioni*, IV cit. tornata del 2 giu. 1896, 5078.

⁵⁴ Più in generale cfr. la voce di M. STRONATI, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2012.

⁵⁵ L. CREDARO, *Per la causa*, II, cit., 174.

⁵⁶ L. CREDARO, *Per la causa*, II, cit., 175.

riconosciuto ai vedenti e udenti, «si disconosce» ai ciechi e specialmente ai sordomuti «che, viceversa, com'è facile provarlo, sono quelli che all'istruzione hanno maggior diritto, come quelli che han più bisogno, per essere *cittadini coscienti*»⁵⁷. Le rivendicazioni espresse lasciavano limpidamente intendere che, per i casi non previsti o eccettuati, l'educazione rimaneva in prevalenza assoggettata ad opere di pietosa carità e beneficenza o di spontanee iniziative familiari.

Le emergenti e fondate critiche espresse da voci sensibili a certe problematiche umane e all'assunzione di pertinenti impegni sociali da parte dello Stato sospinsero un flusso insistente e pervicace di proposte. Alla fine dell'aprile 1872, in posizione apicale nella Pubblica Istruzione, l'on. Cesare Correnti presentò un disegno di legge per riordinare gli istituti educativi speciali, ma non riuscì ad arrivare in porto per la conclusione del suo mandato ministeriale⁵⁸. Nella discussione sul bilancio dello specifico settore, nel dicembre 1880 l'on. Bianchi, strenuo e «infaticabile sostenitore di quella causa», insieme al collega senese Mocenni che aveva chiarissima memoria dell'attività di Tommaso Pendola, presentava alla Camera un ordine del giorno comprensivo di analoga iniziativa con la «prescrizione di un termine» entro il quale varare la riforma. Ma nulla fu fatto, nonostante le ulteriori pressioni, per difficoltà e carenza di mezzi finanziari. Dal 1884 l'istanza assorbì anche la situazione dei non vedenti, per incarico ricevuto dal primo Congresso nazionale dei ciechi tenutosi a Firenze⁵⁹. Così nel giugno

⁵⁷ P. FORNARI, *Il sordomuto e la sua istruzione*, Milano, 1897, 8. Il corsivo è nel testo.

⁵⁸ C. CORRENTI, *Discorso dell'Onorevole Deputato Correnti pronunziato alla Camera dei Deputati nella tornata del 18 maggio 1872 nell'occasione del suo ritiro dal Ministro della Pubblica Istruzione*, Roma, 1872, 26. Del suo disegno di assicurare l'educazione di tutti i sordomuti «che fossero forniti di sufficiente intelligenza» si fa menzione in *Gli istituti*, cit., 250.

⁵⁹ *Atti del Congresso nazionale per l'istruzione dei ciechi adunato a Firenze nei giorni 23, 25 e 26 settembre 1883*, Firenze, 1884, seduta del 26 set. 1883, 43-45 e *passim*.

1885 i sostenitori dell'educazione di ciechi e sordomuti, «uniti in un solo gruppo, consacra[rono] in una queste due cause, le quali se sono povere non sono meno nobili» e giuste, una progettualità normativa idonea a travalicare le crisi e i partiti politici⁶⁰.

Dal censimento della popolazione effettuato nel 1881 emergeva la presenza di 6000 fanciulli ciechi e 4500 ragazzi sordi, educabili. Indagini statistiche attestavano una intensità massima di cecità da considerare nel Meridione, specialmente nelle isole e zone costiere, dovuta a mancanza di igiene e di «istruzioni familiari opportunamente curative», mentre la concentrazione di scuole risultava tutta al Nord. Inverso il *trend* di diffusione del sordomutismo, con punte elevate nelle regioni alpine e subalpine per particolari «condizioni etnografiche, in parte ai matrimoni consanguinei frequentissimi fra quei segregati montanari». Lasciando a parte i rilievi eziologici, era certo che almeno 8000 rimanevano ancora fuori da ogni circuito formativo⁶¹.

Nella primavera del 1896 la vicenda sembrò ricevere un'accelerazione a seguito dell'iniziativa di un gruppo di deputati che intendevano chiedere al vertice del Ministero «se egli non stimi giunto il momento di provvedere, con nuove e più provvide

⁶⁰ *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XV Legislatura, Sessione 1882-83-84-85, Discussioni*, XV, Roma, 1885, 2° tornata del 19 giu. 1885, 14978-14979. Raccomandatori presso il ministro furono gli on. Luciani e Peruzzi. «In sostanza noi domandiamo provvedimenti solleciti in materia di istruzione per questi due infortuni paralleli e gravissimi, ma in gran parte riparabili, e per i quali poco si è fatto fin qui all'infuori di alcuni utilissimi ma insufficienti stanziamenti di bilancio della istruzione pubblica e dell'interno». La ripartizione tra i due ministeri dei finanziamenti rappresentò un'altra circostanza idonea a produrre rinvii e ritardi.

⁶¹ *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XV Legislatura, Sessione 1882-83-84-85, cit.*, 14978-14979. Un rialzo delle cifre complessive rilevate, ma con proporzioni similari, emergeva dal censimento del 1901. Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XXIII Legislatura, Sessione 1909-10, Discussioni*, IX, Roma, 1910, 2° tornata del 14 dic. 1910, 10812.

disposizioni legislative, alla istruzione dei sordomuti e dei ciechi»⁶². Quel fattore, ergendosi a potente forza riequilibratrice contro le ingiustizie che la natura aveva generato, incombeva come dovere costruttivo di ‘soccorso’ sull’autorità civile, che non poteva essere ulteriormente trascurato, anche in ragione della legge Crispi sulle opere pie⁶³. Un’argomentata risposta fu formulata dal sottosegretario di Stato per la Pubblica Istruzione Tancredi Galimberti. Egli curava di precisare che le difficoltà amministrative e finanziarie avevano avuto da tempo un peso enorme, capace di affossare le buone intenzioni e le tante richieste susseguitesì. Ma vi era un’altra questione che ostacolava, parimenti nel profondo, l’effettiva possibilità di pervenire ad un traguardo definitivo: consisteva nell’assenza di un sistema didattico e pedagogico strutturato e comunemente condiviso nell’istruzione dei ciechi, come in quella dei sordomuti. Per fronteggiare le spaccature e la frammentazione si proponeva di procedere alla raccolta di «tutti gli studi che fino ad oggi sono stati fatti» con l’obiettivo di coordinarli e, sciogliendo le faziose beghe in cui si era caduti, di ricavare un programma ragionato da conferire all’insegnamento speciale con un indirizzo unico ed omogeneo⁶⁴. L’urgente e irrinunciabile necessità di individuare un metodo ufficiale da seguire in tutta la

⁶² Si trattò dei deputati Rampoldi, Garavetti, Credaro, Fazi, Basetti e Mercanti. Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIX Legislatura, Sessione 1895-1896, Discussioni*, IV, cit., tornata del 19 mag. 1896, 4389.

⁶³ Cfr. in proposito F. CAMPOBELLO, *La Chiesa a processo. Il contenzioso sugli enti ecclesiastici nell’Italia liberale*, Napoli, 2017, 60 ss. Questi «privilegiati della sventura, se istruiti, diventano normali» risorgendo dall’abbruttimento e acquisendo capacità di impiegarsi lavorativamente. «Il sentimento saldo e indistruttibile della solidarietà umana non ci permette più di accostare impunemente la sventura». I brani sono estrapolati dal suggestivo intervento dell’on. Cesare Degli Occhi, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XXIII Legislatura, Sessione 1909, Discussioni*, II, Roma, 1909, tornata del 30 mag. 1909, 1609.

⁶⁴ Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIX Legislatura, Sessione 1895-1896, Discussioni*, IV, cit., tornata del 28 mag. 1896, 4842-4843.

Penisola conteneva anche l'auspicio di scongiurare ulteriori ritardi e pregiudizi.

Non mancò chi partecipando, in altre sedi istituzionali e in veste di docente, al dibattito sui «provvedimenti urgentissimi» immaginò soluzioni diversificate di triplice livello, non lontane da situazioni già in atto e particolarmente attente a preservare l'inalterabilità dell'estrazione sociale dei discenti: istituti nazionali chiusi, «e può basterne uno», ove istruire con formula di convitto i «giovinetti di condizione civile» preparandoli «nella e colla lingua nazionale», con tutta «quell'amplitudine che la condizione degli alunni esige»; scuole regionali semiaperte, ossia frequentabili anche da studenti esterni, per figli di operai con insegnamento anche del dialetto locale e orientati ad una formazione lavorativa pratica in botteghe e officine, «restringendo nelle cognizioni scientifiche e allargando nelle tecniche»; scuole per studenti di origine contadina in cui era del tutto «escluso l'insegnamento della lingua parlata nazionale» considerato «inutile, ridicolo, dannoso e irrisorio». In tale ambiente era da preferirsi il parlare ed intendere il dialetto della provincia, il saper leggere e scrivere «non più in là dei lor confratelli» normodotati, puntando sull'avviamento ai mestieri e all'agricoltura piuttosto che alla preparazione letteraria⁶⁵. La conservazione dell'ordine con le sue roccaforti e l'immobilizzazione delle stratificazioni interne alla collettività appartenevano ai meccanismi di difesa sociale veicolati dal solidarismo d'ispirazione liberale⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. sul punto P. FORNARI, *Il sordomuto che parla*, cit., 35-36. Con dedica al ministro Correnti e toni moralistici, il prof. Fornari dichiarava che «gravissima piaga dell'istruzione popolare in generale è di sviare la gioventù, mettendole in uggia il mestiere del padre. Di qui le si predica il lavoro un castigo di Dio e l'agricoltura una maledizione» con il rischio di sovvertire la stabilità degli equilibri socio-economici esistenti (p. 36, nt. 1).

⁶⁶ A questo aspetto fa riferimento B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 140 e *passim*. Sullo stretto rapporto tra ordine, quale bene politico, libertà individuale e dinamiche sociali, rinvio a M.

Alla fine del 1910, tornando alla carica nel riproporre un tema che galleggiava nelle discussioni parlamentari da oltre quattro decenni con modesti risultati raggiunti, il bilancio italiano risultava ancora negativo al cospetto di tanti altri Paesi. «In Germania, in Inghilterra, in Danimarca, nella Svezia, nella Norvegia, in Francia, nel Belgio, nell'Olanda e sin nella Finlandia i sordomuti sono istruiti tutti, o quasi tutti, a spese e cure dello Stato. Nell'America del Nord, ed ormai anche in quella del Sud, si provvede lautamente alla loro educazione, ed altrettanto si comincia a praticare nel Giappone, nell'Australia e nelle Indie. Noi non siamo al livello della Turchia e dei Paesi Balcanici, dove lo Stato fa niente o quasi, ma a quello della Spagna, del Portogallo, dell'Ungheria e della Russia, dove lo Stato concorre limitatamente alla istruzione di questi infelici»⁶⁷.

4. *Ciechi e sordi nei rapporti civili*

La questione sociale della carenza di istruzione, per molti individui, diventava causa di incresciose vicende attinenti all'esplicitazione non equivoca della volontà dell'individuo e alle sue tante facoltà esistenziali, prima ancora che giuridiche, che mal si coniugavano con «l'idea fondamentale del codice» che, come ebbe a dire il ministro Giuseppe Pisanelli, gravitava su «quella di proprietà, e tutte le sue disposizioni si aggira[va]no intorno a'

SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, 493 ss.; L. LACCHÉ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, 1990.

⁶⁷ *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XXIII Legislatura, Sessione 1909-10, Discussioni*, IX, cit., 2° tornata del 14 dic. 1910, 10810.

In Germania, già dal 1829, «gli Istituti e le Scuole per sordomuti si associarono alle Scuole Normali» per opera del ministro della P.I. von Altenstein con decreto del 14 maggio 1828. Il rilievo con le sue positive ricadute è segnalato da P. FORNARI, *Il sordomuto e la sua istruzione*, cit., *Prefazione*, V e nt. 2.

beni»⁶⁸. Fu così che, per scongiurare pericolosi raggiri, imprudenze o invalidità di pattuizioni e contratti, venne emendato il progetto originario, benevolmente omissivo riguardo ai soggetti ‘difettosi’. A garanzia di tutti, più rigidamente fu disposto che ciechi e sordomuti dalla nascita, nei loro atti dispositivi, dovessero essere sottoposti ad una limitazione protettiva⁶⁹. In effetti esistevano ancora troppe oscurità sulle anomalie sensoriali e soprattutto sulla loro gestione in senso migliorativo, mentre all’opposto le leggi moderne, intenzionate a sottrarsi ai «divagamenti» consentiti dallo *ius commune*, «hanno questo pregio che [...] è quello di volere la certezza o chiarezza dei fatti», in nome della giustizia e della «tranquillità pubblica». Così puntualizzava il modenese Erio Sala, trattando di alcuni profili dell’autonomia giuridica delle persone prive di udito⁷⁰.

Sulla possibilità che il sordomuto dalla nascita accedesse regolarmente al matrimonio e sui modi di esprimere il consenso si aprì un dibattito a poca distanza dall’entrata in vigore del codice civile napoleonico. In assenza di specifici divieti, scaturivano elementi chiarificatori da alcuni memorabili casi giudiziari verificatisi in *Ancien Régime*. Una decisione del gennaio 1658, emessa dal Parlamento di Parigi, aveva stabilito la validità del matrimonio con riferimento al *favor* espresso specialmente dalle consuetudini ecclesiali e dal diritto canonico. Di fondamentale rilevanza era stata la Decretale di papa Innocenzo III, secondo cui «*si mutus et surdus velit alicui matrimonialiter copulari, non debet ei denegari*»,

⁶⁸ Traggo questi riferimenti da G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, 2011, 34-35.

⁶⁹ Accanto alle prescrizioni dell’art. 340 cod.civ., il 341 stabiliva che la nullità degli atti conclusi senza l’assistenza del curatore poteva essere proposta dall’inabilitato stesso o dai suoi eredi o aventi causa.

⁷⁰ E. SALA, *Sulla possibilità per parte del sordo-muto di fare testamento pubblico a cenni*, in *Monitore dei tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*, 16, nn. 42-43, 18 set. 1875, 931.

che nella quotidianità la *communis opinio* aveva largamente accreditato. In un'altra controversia, relativa alla facoltosa orfana e disabile Madamigella Lemansois, il giudice investito confutò tutti gli argomenti discriminanti addotti contro le sue nozze, decretando nel giugno 1776 che lei, come altri sordomuti, giunti alla maggiore età e godendo di tutti i loro diritti «non hanno bisogno, per maritarsi, del consenso dei genitori, più che le persone le quali godono della favella e dell'udito». A sostegno della sicura validità dell'indirizzo interpretativo veicolato da tale più datata giurisprudenza, si invocava l'implicita conferma derivante «dal silenzio che serba il Codice civile, nel titolo *del matrimonio*, sopra i Sordo-muti nati; perciocché non dichiararli incapaci di maritarsi, è evidentemente supporre in loro la capacità»⁷¹.

Il problema della manifestazione del consenso poneva altri interrogativi. Posto, quale modo ufficiale ed ordinario, l'uso della parola articolata, in sua assenza la pratica e la giurisprudenza non escludevano altre forme espositive del pensiero per convolare a nozze. Di sicuro sopprimeva la scrittura, richiesta in molti altri atti giuridici, ma pure i «cenni non dubbj», non diversamente da quel che narravano i viaggiatori di «qualche selvaggio [che] non esercitando l'arte della parola si spieghi colla pantomima». Anche valutata in un'ottica antropologica, la gestualità costituiva il primo mezzo espressivo fornito dalla «sapientissima natura»⁷² e non c'era

⁷¹ Cfr. la voce *Sordo-muto*, in *Dizionario universale ossia repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e quistioni di diritto* di Merlin. *Versione italiana di una società di avvocati, eseguita nello studio dell'avv. Filippo Carrillo*, XIII, Venezia, 1842, 540-542 anche per le due vicende giudiziarie segnalate. Sulla rilevanza della *communis opinio* cfr. B. MICHALORI, *Tractatus de coeco, surdo, et muto*, Venetiis, 1646, cap. XLII, in cui rammentava il caso dell'avo materno che, pur sordomuto di nascita, «*duas habuit uxores*» (p. 82, nt. 24,) e cap. XLIX.

⁷² *Spirito del Codice Napoleone. Opera di G.G. Locré volgarizzata e commentata dagli avv. Ferrari e Pagani*, II, Brescia, 1806, parte IV, § 2, 109-110, nt. 34.

un vero fondato motivo per rifiutarne l'efficacia in diversi ambiti regolamentati dal diritto.

Benché non si frapponessero ostacoli giuridici al matrimonio dei sordomuti, un'indagine condotta sul quinquennio 1875-1880 indicava che in rapporto ai 653 usciti dagli Istituti italiani, «tutti in grado di procacciarsi il loro sostentamento in grazia della professione ivi appresa», se ne erano celebrati un numero assai contenuto. L'altro dato positivo riguardava invece i figli da loro nati, che figuravano tra gli udenti⁷³.

Più delicata si presentava la questione dell'esternazione delle intenzioni e della volontà in ordine agli atti *mortis causa*. Il *Code* aveva affrontato il tema con discrezione, contemplando una disciplina particolare per chi si trovasse nella situazione oggettiva di non saper leggere, anche per mera ignoranza, o di non poterlo fare, come in quella di non poter parlare, espungendo i riferimenti alle tradizionali categorie dei non vedenti e non udenti, o di altre. Pertanto il cieco, tramite il mezzo della dettatura al notaio poteva senz'altro disporre, pure in punto di morte, per testamento pubblico (artt. 972 e 973). Non così il sordomuto, stante il difetto di parola. A lui era precluso anche il testamento olografo o il segreto, se non sapesse scrivere (art. 979).

Ripercorrendo la linea tracciata da alcuni codici preunitari, in specie dal parmense, modenese e albertino, ciò che nel testo francese era rimasto implicito venne recuperato e reso esplicito nel codice civile del 1865, ritardando le trasformazioni necessarie al superamento di vecchi stereotipi. Sembrava proprio che il legislatore italiano avesse «esagerato nell'applicazione del grande principio» della «certezza e chiarezza dei fatti»⁷⁴. Luigi Borsari

⁷³ *Gli istituti*, cit., 253.

⁷⁴ E. SALA, *Sulla possibilità*, cit., 931. «Le leggi moderne, in mezzo ad alcune mende», intendevano «subordinare siffattamente le loro disposizioni a questo elemento incontestabile di giustizia e di tranquillità pubblica, da non permettere

valutava l'ipotesi del testamento segreto che recasse un «atto di soprascrizione conformato a tali caratteri che un cieco potesse andarli tentando colla punta dell'indice per rilevarne il senso». Gli era anche chiaro che, oltre a rivelarsi un caso inaudito, sarebbe stato difficile trovare un notaio accondiscendente a ricevere una siffatta innovativa dichiarazione. E, nel caso fortunoso di conoscerne uno, la soluzione «troverebbe non pochi increduli». Una scrittura-lettura artificiale, di tipo tattile, risultava «troppo eccezionale per essere contemplata da una legge che ricerca dalle fonti della certezza materiale una verità indiscutibile»⁷⁵.

5. *Il contributo interpretativo dei notai*

Negli atti *mortis causa*, la normativa italiana appena redatta considerava fondamentale l'utilizzo della scrittura tradizionale, esclusi quindi i caratteri 'sensibili' al tatto, mentre l'uso della voce rimaneva imprescindibile per la dettatura del testamento pubblico. Solo di quest'istituto giuridico, quindi, poteva avvalersi il cieco e, come puntualizzò il notaio Giovanni Polizzotti, senza l'assistenza del curatore⁷⁶, mentre al sordomuto e al muto era consentito il testamento olografo e il segreto, se scriventi⁷⁷, e mai il testamento

i divagamenti, a cui ha molte volte dato luogo il diritto comune» (p. 931). A una severità e a un «rigore» troppo spinto faceva riferimento anche L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, parte I, Roma-Napoli, 1874, art. 785, 343-344.

⁷⁵ L. BORSARI, *Commentario*, III, cit., 344.

⁷⁶ I ciechi «non hanno bisogno di alcuna assistenza per quest'atto». La puntualizzazione venne formulata dal notaio G. POLIZZOTTI, in *Il Notariato Italiano*, 1, 1882, *Testamento pubblico di un inabilitato*, 32, nt. a.

⁷⁷ Lo stesso notaio G. Polizzotti, a proposito della chiusura e sigillatura della scheda testamentaria, specificava che, «qualora si tratta di sordo-muto o di muto, facendo testamento segreto, devono in fronte all'atto di consegna scrivere in presenza di testimoni e del notaro, che la carta presentata contiene il loro testamento e, se questo è stato scritto da un terzo, devono aggiungere di averlo

pubblico⁷⁸. Diversamente, se analfabeti e illetterati, rimanevano completamente privati della possibilità di disporre, specialmente se il notaio era chiamato ad accorrere, in punto di morte, al loro capezzale⁷⁹.

In realtà le ultime leggi patrie rivelavano un'intima arretratezza culturale e giuridica, laddove, pur sottraendo i privi di udito all'interdizione, continuavano a precludere la possibilità di accedere pure al testamento pubblico, dinanzi a notai e testimoni, comunicando ed esprimendosi mediante la lingua mimica «a cenni». Detta lacuna suggeriva tuttavia un'opzione, ragionevolmente prematura per meritare già accoglienza nel codice civile francese, che però sessant'anni più tardi, quando in Italia veniva redatto il testo del 1865, appariva ampiamente collaudata e spendibile in ambito giuridico⁸⁰. L'averla esclusa rappresentava un palese atteggiamento di chiusura, che lasciava intravedere un *vulnus* eccessivo e discriminante, coerente con una visione di retroguardia, ancora allineata ad una mentalità ostile e diffidente, di cui era permeato il sistema dello *ius commune*, e non agli accreditati sviluppi educativi più recenti. In effetti sembrava tutelarsi, in una chiara

letto». Cfr. *Atto di ricevimento di testamento segreto*, in *Il Notariato Italiano*, 1, 1880, 114-115.

⁷⁸ Tranne che per sordità accidentale o sopravvenuta, come si desumeva dall'art. 787.

⁷⁹ In tal senso si era espresso il notaio R. PONTASTURA, in *Monitore del notariato*, 5, n. 2, 15 gen. 1880, *Consulti gratuiti*, n. 14, *Testatore illitterato e sordo – Forme da osservarsi*, 40. Tale particolare situazione, per quanto si fosse verificato l'intervento del notaio *in extremis* fuori dal suo studio, rendeva inapplicabile l'art. 47 della recente legge notarile, relativo alla nomina dell'interprete da parte del pretore. Al fine di evitare la nullità del testamento, soccorreva l'osservanza dell'art. 787 del cod. civ. allora vigente.

⁸⁰ Così si esprimeva il prof. di Diritto patrio, Erio Sala. Cfr. *Sulla possibilità*, cit., 931. Per un suo profilo biografico e professionale, cfr. G. GALASSINI, *Prof. Cav. Avv. Erio Sala*, in *Regia Università degli studi di Modena. Discorso inaugurale e annuario accademico. 1879-80*, Modena, 1879, 92 ss.

ottica formalistica, più la solennità dell'istituto in sé, insieme all'ordine oggettivo, che privilegiare la «necessità morale di dare a tutti i cittadini parità di trattamento», assicurando l'adozione di un sistema speciale e parallelo di garanzie e di certezza⁸¹.

Scavando nello spirito della legge e osservando le parole con cui la stessa era confezionata, l'interpretazione del giurista modenese Erio Sala intendeva enucleare la *ratio* portante dell'art. 778 e seguenti del codice civile. Se il linguaggio mimico fosse pienamente «cognito al notaro ed ai testimoni instrumentati, il sordo-muto col ministero del primo e con l'intervento dei secondi pot[rebbe] fare testamento pubblico a cenni, e il notaro in adempimento delle disposizioni legislative farne in seguito lettura a cenni». Tale eccentrica via alternativa, «con molta apparenza di ragione» e senza dismettere le solennità ordinarie, ma temperandole con il supporto di mezzi equipollenti, si poteva percorrere al fine di eliminare lo svantaggio. Il che si adattava anche al caso in cui un sordo scrivente, per sopraggiunta infermità fisica, si trovasse nell'impossibilità materiale di usare la penna⁸². La conclusione

⁸¹ E. SALA, *Sulla possibilità*, cit., 932-934.

⁸² Il caso di un testatore normodotato rispetto a cui, per sopraggiunta malattia, risultavano «deformate le mani a segno di non potere affatto sottoscrivere» l'atto redatto da un terzo dopo averlo letto, riletto e consegnato direttamente al pubblico ufficiale, fu l'occasione per indurre il notaio Polizzotti a esprimere utili puntualizzazioni interpretative e operative. Curava di distinguere le formalità dettate dalle leggi affinché la redazione dei testamenti segreti meritassero piena fede, da quella «seconda serie» più specifica di formalità riguardante la fase successiva, esente da specifica regolamentazione legale e tutta di competenza notarile, inerente alla «chiusura e sigillazione della scheda testamentaria in modo che non si possa aprire, né estrarre, senza rottura od alterazione, il verbale di ricevimento, l'unità di contesto e l'assistenza continua dei testimoni». Cfr. G. POLIZZOTTI, *Atto*, cit., 114-115. Come aveva disposto la Corte di cassazione di Palermo, in data 31 marzo 1875, «quando il notaio attesta che dal testatore gli fu fatta la consegna del testamento, non occorre che egli indichi con descrizione speciale il modo materiale con cui fu eseguita la consegna». Insomma il

conduceva ad affermare che quando un sordomuto «si trovi in grado di farsi intendere [a gesti] e di intendere poscia la lettura dell'atto da parte del notaio, nel suo difetto non dovrebbe trovare ostacolo alla validità del testamento»⁸³.

Al contrario, emergevano convincenti profili di scetticismo nei confronti di quel «miracolo dell'arte», che riusciva a donare agli individui l'uso della parola attraverso l'addestramento di una «facoltà puramente meccanica»⁸⁴. Tra le varie considerazioni, appariva assolutamente auspicabile, in ambiente giuridico e negoziale, che la lingua mimica-gestuale mantenesse la sua valenza, conseguendo un recupero ufficiale ad integrazione dell'acquisita «lingua articolata» e comunque delle limitate modalità di manifestazione del pensiero e della volontà previste dal codice. Proprio quando in campo didattico-formativo si stava sdoganando il metodo orale puro, quella prospettata da Erio Sala tratteggiava un'anticipazione notevole, avveniristica. Non è un caso che, solo dopo le dure prove esistenziali imposte dall'era Covid-19, la LIS abbia finalmente ricevuto, dal 19 maggio 2021, l'atteso riconoscimento legislativo nazionale⁸⁵.

Ragionando di pecche e di «giure costituendo» in materia successoria e di espressione della volontà, si ipotizzava che il rimedio a tanti sacrifici e difficoltà formali potesse risiedere nell'ammettere finalmente il testamento pubblico dei sordomuti, facendo ricorso ad un «interprete». D'altro canto, se qualche semplificazione in deroga alla disciplina ordinaria era già prevista, per i «cittadini in genere», nei testamenti speciali redatti in situazioni

testamento e l'autonomia operativa del professionista erano salvi. Cfr. *Repertorio generale di Giurisprudenza civile, penale, commerciale ed amministrativa del Regno*, II, a cura di E. Pacifici-Mazzoni, Torino, 1877, *Eredità*, n. 563, 709.

⁸³ E. SALA, *Sulla possibilità*, cit., 932, nt. 1.

⁸⁴ E. SALA, *Sulla possibilità*, cit., 932, nt. 2.

⁸⁵ Sul ventennale ritardo italiano nel riconoscimento ufficiale della lingua dei segni rinvio a I. DEL BAGNO, *Da incapaci*, cit., 193-194.

di peste, di guerra e sul mare, non c'era motivo di negarla ai più sfortunati soggetti sordomuti⁸⁶.

Le modifiche e gli aggiornamenti da apportare al codice civile, a ben vedere, si rendevano tanto più urgenti dopo l'entrata in vigore della legge sul notariato del luglio 1875, n. 2786, che era intervenuta significativamente in argomento. Muovendosi controcorrente e colmando un enorme vuoto, la recente disciplina elaborata a proposito della «forma degli atti notarili», senza distinguere tra atti *inter vivos* e *mortis causa*, contemplava espressamente per sordi, sordomuti e muti la presenza di un interprete in grado di tradurre dalla e nella lingua dei segni⁸⁷. Lo stesso rimedio e trattamento veniva riservato in generale anche agli stranieri mediante il supporto e la fruizione delle conoscenze linguistiche di un soggetto traduttore (art. 46). Nella consapevolezza del contrasto con quanto «diversamente disposto dal Codice Civile» in tema di disposizioni testamentarie, si poteva concludere che «al criterio, al retto giudizio del notaio pertanto spetta il coordinare il tutto in un assieme esatto e nello stesso tempo armonico»⁸⁸.

L'innovativa regolamentazione introdotta⁸⁹, riguardo ad ogni tipologia di atto notarile e in tutte le situazioni giuridicamente

⁸⁶ E. SALA, *Sulla possibilità*, cit., 935.

⁸⁷ Cfr. la l. 25 luglio 1875, n. 2786, pubblicata in G.U. del Regno d'Italia n. 293, 17 dicembre 1875 - Suppl. Ordinario, artt. 47 e 48. E. SALA, *Sulla possibilità*, cit., 933, nt. 4, puntualizzava che fino a pochi anni prima, nell'Italia preunitaria, anche negli atti tra vivi tutto era «abbandonato alla tradizione ed ai diversi regolamenti notarili». Detta legge ora aveva disciplinato l'esercizio del notariato in maniera uniforme per tutto il territorio nazionale.

⁸⁸ L. STROPPIA, *Il notaio italiano. Repertorio della nuova legge 25 luglio 1875 sul Riordinamento del Notariato*, Milano, 1875, voce *Muto o Sordo-muto*, 118 e anche voce *Interprete*, 111-112.

⁸⁹ Profili di modernità emergono anche dalla richiesta avanzata in Parlamento dall'on. Salvatore Morelli, ma non approvata, di eliminare dall'art. 42, la «parola *maschi*, la quale esclude assolutamente l'altro sesso dal sottoscrivere gli atti pubblici nella qualità di testimone». Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XII*

rilevanti, poteva considerarsi una pietra miliare, che la successiva legge di settore, del febbraio 1913 (artt. 56-57), confermava appieno e che avrebbe influenzato lo sviluppo dell'intero ordinamento nazionale. Fu infatti introitato uniformemente nella primaria legislazione prodotta nel ventennio fascista. Così nel penale, il passaggio dal codice Zanardelli al codice Rocco, in tema di privi dell'udito, fu connotato da una completa inversione di parametri, rigettando il principio della non imputabilità e abbracciando l'idea che l'anomalia dovesse valutarsi solo laddove potesse realmente influire sulla formazione dell'atto volitivo criminoso. Per l'interrogatorio dei sordi, muti o sordomuti che non sapessero leggere o scrivere, l'art. 143 del cod. proc. pen. del 1930 introduceva la partecipazione dell'interprete. La si ritrova integralmente riprodotta nell'art. 119 del vigente cod. proc. pen. e altresì rinforzata dalla pronuncia additiva della Corte Costituzionale n. 341 del 1999, al fine di «soddisfare le esigenze di garanzia effettiva del diritto di difesa dell'imputato» fisicamente «imperfetto»⁹⁰.

Certo è che durante il ventennio fascista riceverono una forte spinta sia l'istruzione elementare dei minorati sensoriali, resa obbligatoria dalla «savia»⁹¹ riforma Gentile del 1923, sia il loro inserimento nel mondo del lavoro affinché, come ogni cittadino, contribuissero allo sviluppo economico nazionale. Pur con tutte le

Legislatura, Sessione del 1874-75, Discussioni, IV, Roma, 1875, 1° tornata del 2 giugno 1875, 3803. Il corsivo è nel testo.

⁹⁰ La Corte ha dichiarato «la illegittimità costituzionale dell'art. 119 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che l'imputato sordo, muto o sordomuto, indipendentemente dal fatto che sappia o meno leggere e scrivere, ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete, scelto di preferenza fra le persone abituate a trattare con lui, al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa».

⁹¹ *Una vita per una mèta*, cit., 46. Lo Stato «finanziava le nuove dotazioni di materiale didattico e la Stamperia Nazionale» (p. 46).

forzature legate al regime, le speciali misure adottate e la pretesa di un recupero strumentale all'addestramento al lavoro e all'utilizzazione produttiva⁹², dimostrarono che per tanti soggetti *debiles* le tradizionali barriere dell'emarginazione sociale e dell'inattivo isolamento erano divenute superabili. Tra i tanti «lavoratori del buio» inoccupati, ottocento ciechi vennero ammessi dalla legge del 20 novembre 1939, n. 1827, all'arruolamento volontario nelle milizie contraeree e di artiglieria marittima, in qualità di aerofonisti. Furono «utilizzati come telefonisti, telegrafisti, radio-telegrafisti e dattilografi anche nelle ore notturne». Ponendosi dall'angolo di osservazione dei non vedenti, «non si trattò «di essere fascisti od antifascisti, neppure di essere per la guerra o contro la guerra. Era il tripudio della dura vittoria sulla materia stroncata, il conseguimento della parità». In quella «primavera della resurrezione»⁹³, altri tasselli diretti a sconfiggere una condizione giuridica inferiore erano pronti ad aggiungersi.

Il codice civile del 1942 avrebbe recepito i traguardi raggiunti nei decenni a cavallo dei secoli. Presumendo la generale capacità di agire, il dettato dell'art. 415, comma 3, prevedeva che «possono essere inabilitati il sordo e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente»; disciplinando il testamento pubblico del muto, sordo o sordomuto, l'art. 603, comma 4, rinviava espressamente alle prescrizioni riguardanti l'interprete fissate dalla legge sul notariato n. 89 del 1913. Anche il coevo codice di procedura civile, all'art. 124, comma 2, con l'espressione «quando occorre», spalancava le porte alla figura suindicata.

Nell'ordinamento giuridico dell'Italia repubblicana, pur avanzando l'ottica pluralistica, sono rimasti a lungo vigenti molti canoni del modello medico, proponendo misure per lo più

⁹² *Una vita per una mèta*, cit., 389-390.

⁹³ *Una vita per una mèta*, cit., 389.

assistenzialistiche e/o riparative del difetto fisico, volte a soddisfare le esigenze materiali e a supportare l'adattamento e l'integrazione sociale dei 'fragili'. Tuttavia la proficua interazione tra ambienti giuridici e contesti extralegali preparava l'avvento del 'modello sociale' di approccio alle disabilità. E non era solo una questione di nomenclatura. L'OMS, con l'*International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* (ICIDH) del 1980⁹⁴, in una prospettiva multilivello distingueva nettamente la menomazione in sé dalla disabilità, quale oggettivazione del *deficit* determinante la riduzione delle capacità operative, dall'*handicap* inteso come svantaggio incontrato nel rapporto con i bisogni esistenziali, relazionali e culturali, con l'ambiente esterno sia ultraindividuale, che ultrafamiliare.

Si iniziava a sdoganare una piattaforma concettuale davvero moderna e al passo con i tempi: la diversità, come parte dell'unità e di una normalità variegata e naturalmente plurale, fondata sul pilastro della pari dignità. Un valore giuridico superiore e comune a tutti, quest'ultimo, precedente la stessa volontà libera e la tutela dei patrimoni.

ABSTRACT

L'inabilitazione *de iure* disposta dal codice civile del 1865 a tutela di ciechi e sordi dalla nascita si rivelò essere una grave penalizzazione. Anche la pedagogia emendatrice manifestò diverse criticità, di impostazione e applicazione, che rallentarono la diffusione di una formazione scolastica valida e funzionale ad una chiara e sicura manifestazione del volere. Dall'ambiente notarile

⁹⁴ Cfr. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/41003/9241541261_eng.pdf (consultato il 28 novembre 2024).

emersero interpretazioni in grado di valorizzare la figura dell'interprete dei segni o comunque di un linguaggio non vocale.

The legal disqualification established by the 1865 Civil Code to protect the blind and deaf from birth proved to be a serious penalizing measure. Even the corrective pedagogy revealed several critical issues, both in its approach and application, which slowed the spread of a valid scholastic education that supported a clear and confident expression of will. Favorable interpretations emerged from the notarial sphere that valorized the role of sign language interpreter.

PAROLE CHIAVE

Inabilitazione – ciechi – sordi – pedagogia emendatrice –
notai

Legal disqualification – blind – deaf – corrective pedagogy –
notaries

ILEANA DEL BAGNO
idelbagno@unisa.it

L'ordinamento giuridico e la vulnerabilità: il caso del testamento del soggetto fragile

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le posizioni giurisprudenziali – 3. La critica agli orientamenti tralatizi: la loro intrinseca contraddittorietà ... – 4. ... e la loro inadeguatezza rispetto all'attuale realtà sociale – 5. La soglia di (in)capacità naturale – 6. La captazione e la suggestione come forme qualificate di incapacità naturale – 7. Il rigore probatorio nella dimostrazione dell'incapacità naturale – 8. Possibili interventi *de iure condendo* – 9. Conclusione: un futuro di maggiore protezione del testatore vulnerabile?

1. Introduzione

Diversi autori (uno su tutti, Salvatore Patti¹) hanno mostrato da qualche tempo l'assoluta inadeguatezza degli attuali orientamenti giurisprudenziali in tema di testamento del soggetto fragile. Si è evidenziato come taluni mutamenti sociali, diffusi in tutti gli ordinamenti, rendano sempre più comune l'ipotesi di testamenti

¹ Cfr. in particolare S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1000 ss.; ID., *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1063 ss.; ID., *Testamento della persona «vulnerabile», principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Famiglia*, 2017, 635 ss.; ID., *Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»*, in *National, International, Transnational: harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Ch. Benicke und S. Huber, Bielefeld, 2020, 1791 ss.

redatti da persone prive in tutto o in parte del possesso delle loro facoltà psichiche, al contempo facilitando l'abuso di questo stato di deficienza da parte di terzi². Mentre altri ordinamenti, però, risultano maggiormente attrezzati a rispondere a questo nuovo problema sociale (e, comunque, hanno predisposto o stanno predisponendo strumenti per reagirvi), il sistema giuridico italiano appare allo stato, soprattutto in virtù di un'interpretazione giurisprudenziale assai restrittiva di diversi istituti e di una palese inerzia legislativa, sordo alle istanze che provengono dalla realtà sociale.

Ne è nato un moto di insofferenza nei giuristi italiani che sempre più spesso ritengono datata la disciplina, se non anche l'interpretazione, del diritto successorio e, tra l'altro, della disciplina testamentaria a protezione del soggetto vulnerabile. Così, anche

² Tra gli altri autori italiani che si sono interessati negli ultimi anni al tema in esame (molti dei quali peraltro allievi del professor Patti o comunque strettamente legati alla sua Scuola) cfr. soprattutto M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'“ageing testator”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1032 ss.; ID., *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità» senile*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 361 ss.; F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, in *Il testamento: fisiologia e patologie*, a cura di F. Volpe, Napoli, 2015, 53 ss.; G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 119 ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 562 ss.; M. GIROLAMI, *Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1180 ss.; M. GIROLAMI, *Rilevanza dell'attività captatoria nella redazione del testamento*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, 138 ss.; E. CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 799 ss.; A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019; A. VENTURELLI, *L'impugnazione del testamento per vizi della volontà*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni, I. Esperienze italiane*, a cura di S. Scola e M. Tescaro, Napoli, 2019, 287 ss.; C. CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, in *Famiglia*, 2019, 549 ss.; F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2023; C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pisa, 2023.

valorizzando gli spunti provenienti da diverse tradizioni giuridiche³, la dottrina ha delineato alcune linee di intervento, *de iure condito* e *de iure condendo*, onde superare le disfunzioni dell'attuale sistema normativo, per come applicato nella giurisprudenza.

Per spiegarlo converrà partire dalla descrizione degli orientamenti giurisprudenziali cui si è fatto cenno, passando poi alla loro diffusa critica dottrinale e, quindi, ad alcune proposte di revisione interpretativa e legislativa⁴.

³ In diverse esperienze giuridiche v., a titolo solo esemplificativo, J. HOUSIER, *La successione della personne vulnérable o le ambigüité del législateur français*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II. *Esperienze straniere*, a cura di E. Arroyo Amayuelas, Ch. Baldus, E. de Carvalho Gomes, A.M. Leroyer, Q. Lu e J.M. Rainer, Napoli, 2019, 933 ss.; M. GRIMALDI, *L'intention libérale*, Montréal, 2004; I. ZURITA MARTÍN, *Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2022, 3898 ss.; E.M. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, *Los ancianos o adultos mayores. Su capacidad para testar*, in *Il diritto delle successioni nei continenti europeo e americano: suggestioni da oltreoceano*, a cura di M. Tescaro e A. Zaccaria, Napoli, 2023, 21 ss.; R. KERRIDGE, *Wills Made in Suspicious Circumstances: The Problem of the Vulnerable Testator*, in *Cambridge L. J.*, 2000, 310 ss.; D. HORTON, R.K. WEISBORD, *The New Undue Influence*, in *Utah L. Rev.*, 2024, 231 ss. È però specialmente nell'ordinamento tedesco che la tematica è stata studiata in modo analitico e approfondito: tra i molti autori che se ne sono occupati v. M. ADEN, *Das todesnahe Testament*, in *Zeitschr. Rechtspolitik*, 2011, 83 ss.; G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft*, Tübingen, 2016; M. FRIES, *Nachlassende Testierfähigkeit*, in *Arch. civ. Prax.*, 2016; A. FRIESER, *Schutz des Erblassers vor unangemessener Beeinflussung – ein Vorschlag*, in *ErbR*, 2020, 309 ss.; I. KROPFENBERG, *Die Testierfähigkeit betagter Erblasser de lege lata und de lege ferenda*, in *Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann*, hrsg. von J. Damrau und K. Muscheler, München, 2012, 199 ss.; A. RÖTHEL, *Testierfreiheit und Testiermacht*, in *Arch. civ. Prax.*, 2010, 32 ss.

⁴ Chi scrive ha dedicato al tema che ci occupa un lavoro monografico (A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, Napoli, 2024), cui peraltro si rimanda per una più compiuta dimostrazione delle tesi che verranno esposte nel prosieguo.

2. Le posizioni giurisprudenziali

Come anticipato, la giurisprudenza italiana ha da tempo (e salvi taluni più recenti precedenti, di cui oltre si dirà) assunto un orientamento di particolare rigore allorché si verte in materia di invalidità testamentaria per incapacità (naturale) o per dolo (per captazione e suggestione).

Quanto all'incapacità naturale, secondo una massima assai diffusa a produrre l'invalidità delle disposizioni testamentarie è sempre, e solo, l'incapacità assoluta. Precisamente, si ripete che «l'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi»⁵. Talvolta si aggiunge che il *de cuius* deve versare in condizioni tali da legittimare, «con il concorso dell'abitudine», «la pronuncia di interdizione»⁶.

⁵ La massima compare in centinaia, se non migliaia, di arresti, talvolta con lievi modifiche lessicali. Per limitarsi alle più recenti sentenze della Suprema Corte v.: Cass., 10 novembre 2023, n. 31322, in *dejure*; Cass., 10 novembre 2023, n. 31325, in *dejure*; Cass., 31 ottobre 2023, n. 30332, in *dejure*; Cass., 31 ottobre 2023, n. 30279, in *dejure*; Cass., 31 ottobre 2023, n. 30268, in *dejure*; Cass., 17 novembre 2022, n. 33914, in *dejure*; Cass., 14 settembre 2022, n. 26984, in *dejure*; Cass., 22 luglio 2022, n. 22974, in *dejure*; Cass., 19 gennaio 2022, n. 1618, in *dejure*.

⁶ V. ad esempio Cass., 14 settembre 2022, n. 26984, cit.; Trib. Pordenone, 13 agosto 2020, n. 427, in *dejure*; Trib. Roma, 29 aprile 2010, n. 9534, in *Guida dir.*, 2010, 33-34, 71; Trib. Milano, 22 marzo 2010, n. 3666, in *dejure*; Cass., 9 aprile 2008, n. 9274, in *Guida dir.*, 2008, 31, 83; Trib. Salerno, 14 giugno 2005, n. 1831, *dejure*; Trib. Milano, 22 giugno 2004, in *dejure*; Cass., 10 luglio 1986, n. 4499, in *Mass. Giust. civ.*, 1986; Cass., 11 maggio 1979, n. 2692, in *Mass. Giust. civ.*, 1979.

Secondo la giurisprudenza⁷, dunque, solo l'incapacità assoluta – che toglie coscienza dei propri atti o comunque esclude *in toto* la capacità di autodeterminarsi – rileva in ambito testamentario. Aggiungono le sentenze che l'incapacità per così dire 'relativa', o comunque più lieve, che pur giustificerebbe un provvedimento di inabilitazione se prolungata, non vizia l'atto di ultima volontà, diversamente da quanto avviene ad esempio nell'area del contratto.

L'idea sottesa a queste massime è duplice.

Per un verso, esse traggono spunto dal tenore dell'art. 591 cod. civ., in base al quale non possono disporre per testamento (sono, cioè, privi della *testamenti factio* attiva) i minori, gli interdetti e gli incapaci naturali («quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento»). Leggendo *a contrario* il disposto vi si è voluta rinvenire la conferma della capacità di testare degli inabilitati: più precisamente, si è sostenuto che gli inabilitati, pur potendo essere incapaci (naturali) di testare per le cause più disparate, non lo sarebbero per quella causa che ha dato luogo alla loro inabilitazione (proprio perché altrimenti il legislatore avrebbe menzionato, nell'art. 591 cod. civ., accanto agli interdetti anche gli inabilitati, togliendo loro la *testamenti factio* attiva).

Per un altro verso, invece, le massime riportate si fondano sull'idea per cui nell'ambito testamentario è d'uopo limitare l'invalidità delle disposizioni: a ostare a un'invalidità troppo estesa starebbe il principio di conservazione del testamento, a sua volta

⁷ Ovviamente non mancano sentenze che, pur ribadendo la loro adesione a tali massime, se ne sono poi allontanate a livello di *ratio decidendi* (v. M. CINQUE, *Il ruolo*, cit., 1038; cfr. di recente ad esempio Cass., 21 novembre 2024, n. 30067, in *dejure*). Tuttavia, possiamo in questa sede disinteressarcene, onde non appesantire il discorso: tanto più alla luce del fatto che questo discostamento tra la reale *ratio decidendi* e il formale ossequio a un certo orientamento, lungi dal far passare in secondo piano le questioni ricostruttive che ci occupano nel testo, rende ancora più urgente il superamento delle tradizionali opinioni giurisprudenziali.

collegato con la natura irripetibile dell'atto e con l'ossequio che meriterebbe la volontà del *de cuius*. Detto in altri termini, sembra necessario mantenere quanto più possibile in vita il testamento, onde evitare che l'annullamento della scheda (o di una sua parte) si ritorca contro il suo autore: meglio un testamento mal voluto piuttosto che una successione legittima in nessun modo voluta.

Con riferimento, invece, al dolo un'altra massima granitica afferma che, «in tema di impugnazione di una disposizione testamentaria che si assuma effetto di dolo, per potere configurarne la sussistenza non è sufficiente qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni, ma occorre la presenza di altri mezzi fraudolenti che, avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso – siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata»⁸. In più d'un caso si aggiunge alle parole riportate la

⁸ Cass., 28 febbraio 2018, n. 4653, in *dejure*. In termini, pur al netto di qualche minima modifica lessicale, anche le massime tratte da: Cass., 23 ottobre 2017, n. 24995, in *dejure*; Cass., 11 aprile 2017, n. 9309, in *Riv. not.*, 2017, II, 818; Cass., 4 febbraio 2014, n. 2448, in *dejure*; Cass., 28 maggio 2008, n. 14011, in *dejure*; Cass., 22 aprile 2003, n. 6396, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, in *Riv. not.*, 2002, 484; Cass. civ., 19 luglio 1999, n. 7689, in *Giur. it.*, 2000, 739; Cass., 26 agosto 1986, n. 5209, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 220; Cass., 22 gennaio 1985, n. 254, in *dejure*; Cass., 11 agosto 1982, n. 4561, in *Mass. Giust. civ.*, 1982; Cass., 12 maggio 1973, n. 1315, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 1087; nella giurisprudenza di merito: App. Milano, 5 giugno 2023, n. 1821, in *dejure*; Trib. Roma, 22 maggio 2023, n. 7997, in *dejure*; Trib. Napoli, 8 maggio 2023, n. 4719, in *dejure*; Trib. Cuneo sez. I, 17 ottobre 2022, n. 877, in *dejure*; Trib. Roma, 29 aprile 2022, n. 6473, in *dejure*; più indietro nel tempo v., emblematicamente, Trib. Parma, 2 febbraio 2018, n. 174, in *dejure*; Trib. Torre Annunziata, 14 gennaio 2014, n. 216, in *dejure*; Trib. Bari, 9 giugno 2008, n. 1453, in *dejure*.

precisazione per cui il dolo testamentario abbraccia anche le figure della captazione o suggestione⁹.

In sintesi, l'orientamento in parola¹⁰ ammette che, nel testamento, i requisiti di rilevanza del dolo siano più morbidi rispetto a quelli contrattuali, non essendovi ragione di tutelare l'affidamento di una controparte. Al contempo, però, non si giunge sino al punto di abdicare, per un verso, all'esistenza di veri e propri mezzi fraudolenti e, per un altro verso, a una falsa rappresentazione della realtà dotata di rilevanza causale nella formazione del volere testamentario.

Anche qui possiamo rinvenire una duplice ragione al fondo della massima riportata.

In primo luogo, essa si basa sulla forza della categoria contrattuale del dolo, attorno alla quale si ricostruisce anche il dolo testamentario. È vero che tale categoria viene adattata alla luce delle specificità dell'atto di ultima volontà (del resto, la dottrina costantemente predica che in ambito testamentario non si può distinguere tra *dolus malus* e *dolus bonus*, né contrapporre un dolo della controparte a un dolo del terzo o un dolo determinante a un dolo solo incidente: si osserva, a tal riguardo, che il dolo è sempre rilevante, purché in concreto dotato di efficienza causale, e che qualsiasi *decipiens* è terzo rispetto al testamento, che è negozio

⁹ V. ad esempio Cass., 4 febbraio 2014, n. 2448, cit.; Cass., 22 aprile 2003, n. 6396, cit.; Trib. Torre Annunziata, 14 gennaio 2014, n. 216, cit.; Trib. Bari, 9 giugno 2008, n. 1453, cit.; Cass., 26 agosto 1986, n. 5209, cit.; Cass., 22 gennaio 1985, n. 254, cit.; Cass., 11 agosto 1982, n. 4561, cit.

¹⁰ Anche qui deve ammettersi che in talune occasioni il ricorso alla ricorrente massima in tema di captazione ha lasciato spazio a una *ratio decidendi* in tutto o in parte non collimante: cfr. ad esempio Cass., 28 febbraio 2018, n. 4653, cit.; Trib. Bologna, 16 marzo 2022, n. 684, in *dejure*; App. Bologna, 27 settembre 2011, n. 1146, in *dejure*. Pure a proposito della captazione, tuttavia, possiamo trascurare il (saltuario) fenomeno di dissociazione tra massime e *rationes decidendi*.

unilaterale non recettizio¹¹). Tuttavia, è altrettanto vero che il richiamato orientamento giurisprudenziale non snatura il dolo: al centro di tale figura vengono poste condotte fraudolente che, pur non necessariamente identificate in raggiri in senso tecnico, debbono comunque aver tratto in inganno il testatore.

In secondo luogo, a venire in luce è, ancora una volta, il già evocato principio di conservazione delle disposizioni di ultima volontà¹². Giacché un'eccessiva dilatazione delle ragioni di invalidità del testamento rischierebbe di conculcare la stessa tutela del volere testamentario, la giurisprudenza tende a evitare di diluire i requisiti di rilevanza del dolo, ancorando quest'ultima figura ai già richiamati concetti di 'mezzi fraudolenti' e di 'falsa rappresentazione'. Anche dove si apre alla captazione e alla suggestione, ossia a figure potenzialmente diverse dal dolo in senso proprio, si finisce poi per inserirle nel dolo inteso in senso classico (o, per meglio dire, in una versione del dolo classico mitigata quanto a requisiti di rilevanza, nel senso di cui si è poc'anzi detto).

3. La critica agli orientamenti tralatizi: la loro intrinseca contraddittorietà...

È stato merito del già citato Salvatore Patti, e con lui di una sparuta schiera di autori che nello stesso torno di anni si sono dedicati al tema del testatore vulnerabile¹³, l'aver fatto notare che le opinioni giurisprudenziali tralatizie da un lato sono già di per sé intrinsecamente poco convincenti e da un altro lato appaiono oggi – ossia, nell'ambito dell'attuale società – assolutamente inadeguate.

¹¹ A tal riguardo v. per tutti G. CRISCUOLI, voce *Testamento*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 24; L. SCALIA, *La nullità e l'inefficacia delle disposizioni testamentarie*, in *Tratt. breve succ. don. Ieva-Rescigno*, Padova, 2010, 1294 s.

¹² Di necessario «rispetto assoluto della volontà del testatore» parlano Cass., 11 aprile 2017, n. 9309, cit., e Trib. Monza, 27 febbraio 2020, in *dejure*.

¹³ Riferimenti alle ntt. 1 e 2.

Procediamo con ordine, dedicandoci subito al primo tema (l'intrinseca contraddittorietà degli orientamenti giurisprudenziali) e rinviando al successivo paragrafo l'altro (la loro attuale inadeguatezza).

Che gli argomenti su cui le opinioni tradizionali si fondano siano di per sé ben poco persuasivi è evidente per svariate ragioni: ne indicheremo solo alcune tra quelle più palesi.

Con riguardo all'incapacità naturale, non si può certo sostenere che l'art. 591 cod. civ., nella parte in cui non esclude la *testamenti factio* attiva degli inabilitati, imponga di limitare la stessa incapacità naturale alla sola incapacità assoluta. La ragione per cui la disposizione non fa menzione degli inabilitati non sta in un giudizio legale di sufficienza *tout court* delle facoltà psichiche degli inabilitati con riferimento al negozio testamentario, ma in ben altri motivi.

Fin troppo facile è, in effetti, replicare che le cause di inabilitazione sono varie e per alcune di esse non vi sarebbe ragione di escludere la *testamenti factio* attiva degli inabilitati: il che di per sé spiega il silenzio del legislatore¹⁴. A ciò può aggiungersi che anche allorché un soggetto viene inabilitato per una infermità psichica il fatto che l'ordinamento non lo privi in modo *tranchant* della capacità di testare non implica, in base a un ragionamento *a contrario*, la sua capacità (o, per meglio dire, non esclude che egli possa risultare privo di capacità naturale in forza di quella stessa patologia per cui è stato inabilitato): infatti, la decisione legislativa ben si può giustificare alla luce del fatto che le patologie psichiche tali da mettere più di frequente in dubbio la capacità naturale dei testatori (come le demenze) hanno un andamento oscillante nel

¹⁴ Cfr. M. CINQUE, *Il ruolo*, cit., 1037; F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testatore e forma del testamento*, in *Nuovi modelli di diritto successorio: prospettive interne, europee e comparate*, a cura di L. Ballerini, G. Buset, T. Pertot e L. Rega, Trieste, 2022, 46. Ma sul punto cfr. già F. CARNELUTTI, *Incapacità del testatore per infermità di mente*, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1167, nonché A. CICU, *Il testamento*², Milano, 1969, 111.

tempo e addirittura all'interno della stessa giornata, con la conseguenza che uno stesso soggetto, pur non bisognoso di un provvedimento di interdizione (o di nomina di un amministratore di sostegno con esclusione della capacità di testare), può in un certo momento e proprio in virtù della patologia che l'affligge e che ha giustificato l'inabilitazione (o la nomina dell'amministratore) non essere in grado di testare.

Quanto, poi, a captazione e suggestione, non è difficile accorgersi che la sistemazione giurisprudenziale, volta ad aprire le maglie del dolo, ma al contempo a preservarne il nucleo concettuale (costruito attorno al concetto di mezzi fraudolenti e di falsa rappresentazione della realtà), sostanzialmente confina le due figure nell'irrelevanza giuridica.

Un vero e proprio dolo, inteso come inganno doloso che causa un errore, non è molto frequente nella realtà, ma soprattutto non è facile da provare, oltre a non essere il centro delle fattispecie che reclamano tutela (in cui, anzi, talvolta il dolo in senso classico è proprio incompatibile con la situazione concreta)¹⁵.

Basti pensare al classico caso dell'anziano che versa in condizioni di debolezza psichica e che viene convinto da un parente (o dal suo badante) dell'opportunità di non lasciare nulla ai figli, a titolo ereditario, e di nominare proprio lui come unico erede. Condotte di questo genere di solito fanno perno, più che su un vero e proprio inganno, su un lento impossessamento della mente del soggetto fragile (consentito proprio dalla pregressa condizione di fragilità), che, quantunque possa avvalersi anche di piccoli inganni, difficilmente potrebbe essere fatto rientrare nel dolo

¹⁵ S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1002, nota che «le tradizionali categorie della incapacità di testare, dell'annullamento e dell'indegnità», per come tradizionalmente intese, sono «spesso poco utili per garantire sufficiente tutela» al testatore fragile. Per altri spunti cfr. S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1004, e F.P. PATTI, *La volontà*, cit., 241.

inteso in senso classico¹⁶. Se questo è vero, appare chiaro che l'orientamento giurisprudenziale tralatizio, sicuramente nel giusto allorché esclude che un mero suggerimento testamentario (specie se nei confronti di un soggetto padrone di sé) possa comportare l'invalidità delle disposizioni, è assai meno condivisibile nella parte in cui finisce per negare spazio a quelle condotte che eterodirigono la volontà di un testatore vulnerabile¹⁷.

Più in generale, agli orientamenti giurisprudenziali cui si è fatto cenno, e alla loro severità, si oppone l'inconferenza dell'argomento fondato sulla conservazione del testamento. Si può conservare la volontà che esiste: ma, rispetto a una volontà che non esiste, l'argomento perde di consistenza¹⁸.

A questa osservazione potrebbe opporsi, per vero, un certo apriorismo: affermare che la volontà 'non esiste' è il frutto di un giudizio di valore; questo giudizio, a sua volta, è chiamato a fissare, all'interno di una scala di perturbazioni del volere, una soglia al di sotto della quale la volontà non può formarsi o non si è genuinamente formata; quello che il principio di conservazione impone è, semplicemente, di elevare tale soglia.

¹⁶ S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1009, guarda con interesse anche alla *doctrine* statunitense dell'*undue influence* per sottolineare come captazione e suggestione, lungi dal ridursi alle ipotesi di dolo in senso tecnico, lo esorbitano: più precisamente, si riferiscono a condotte di eterodirezione del volere che non fanno affatto perno sull'elemento del raggirio (o che comunque possono prescindere). L'autore riprende poi questo spunto in S. PATTI, *Invalidità*, cit., 1066 s.

¹⁷ Cfr. S. PATTI, *Invalidità*, cit., 1064.

¹⁸ E anche su questo v. S. PATTI, *Invalidità*, cit., 1064 s.; in passato già P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 153 ss. (su cui cfr. anche S. PATTI, *Testamento*, cit., 645). V. poi pure M. CINQUE, *Capacità*, cit., 367 s.

Una simile replica, tuttavia, non è insuperabile, ma richiede di soffermarsi con maggiore ampiezza sul tema¹⁹.

Deve anzitutto ammettersi che un'eccessiva dilatazione delle ragioni di invalidità del testamento rischia di ledere gli stessi interessi dell'autore dell'atto. Ciò dipende dalla struttura dell'annullabilità del testamento, in sé e per sé molto diversa dall'analogo vizio riferito al contratto: mentre l'annullamento del testamento è chiesto quando l'autore dell'atto è morto da coloro che dall'atto sono pregiudicati onde evitare che la successione sia regolata da disposizioni non genuinamente volute, l'annullamento del contratto è volto a risolvere un conflitto tra più parti attribuendo a quella tutelata il potere di sciogliersi da un vincolo altrimenti irretrattabile. Di conseguenza, mentre il contraente di regola desidera vedere dilatato il suo potere di annullamento, che però viene limitato dall'esterno dal concorrente principio di tutela dell'affidamento (della controparte contrattuale), il testatore – qualsiasi testatore – potrebbe da sé revocare un testamento non genuinamente voluto (mantenendo sempre il potere di revoca): di conseguenza, l'annullamento delle sue disposizioni è volto, più che a consentirgli di slegarsi da un vincolo (inesistente), a far sì che la sua successione non sia regolata da un atto non voluto (ciò che pregiudicherebbe gli stessi interessi del testatore).

Se ne deve trarre che, mentre nel caso di contratto la parte tutelata dall'annullamento ambisce a vedersi attribuito il più ampio potere di caducazione dell'accordo, potere di cui tutt'al più non farà uso, nell'ambito del testamento un'eccessiva annullabilità del testamento, volta a garantire la massima genuinità del volere, si

¹⁹ Del resto, come già notava A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 277, il problema della soglia di rilevanza dei vizi del volere nel testamento deve sempre confrontarsi con il carattere irripetibile dell'atto.

scontra proprio con... la tutela del volere (guardata, evidentemente, da un'altra prospettiva)²⁰.

Una simile conclusione impone, evidentemente, di perimetrare con attenzione e con cautela le patologie della volontà testamentaria, compresi dunque l'incapacità naturale e il dolo (tessendo una 'rete di contenimento' onde evitare un eccessivo dilagare di siffatte patologie). Così, non si potrà certo ritenere che un minimo sconforto o una lieve depressione comportino incapacità naturale; parimenti, non sarà consentito diluire eccessivamente il dolo, ricomprendendovi il mero suggerimento o la semplice pressione, quand'anche fonte di un turbamento interiore.

Al contempo, però, non si può far leva sulla conclusione cui si è giunti per suffragare le massime giurisprudenziali tralattizie di cui si è detto nel precedente paragrafo. Veniamo così al tema per noi centrale: ossia, se davvero, in presenza di un'incapacità naturale anche solo relativa o di una serie di condotte di captazione e suggestione che pur non ridondino in errori dolosamente provocati, manchi una volontà sufficientemente genuina.

Quanto al concetto di incapacità naturale, esso, in sé e per sé e comunque per come inteso negli altri ambiti dell'ordinamento (e

²⁰ In realtà anche nel contratto può emergere un'esigenza di tutela del volere che osta a un'eccessiva caducabilità del vincolo: basti pensare, per fare un esempio, al caso della donazione cui un soggetto fa ricorso per anticipare, nella sostanza, un lascito *mortis causa* e all'eventualità che la donazione sia impugnata non già dal donante, ma dai suoi eredi (o da un suo rappresentante legale). Una simile considerazione, però, non confuta il ragionamento che si va intessendo nel testo: piuttosto, impone di ritenere che anche nel contratto (in una certa area del contratto) la tutela del volere veicolata dal potere di annullamento del vincolo debba bilanciarsi non solo con l'affidamento altrui, ma pure con... la tutela del volere della parte protetta (evidentemente, si tratta di una forma di tutela del volere diversa, che ne richiede la stabilità e la conservazione).

soprattutto nell'area del contratto²¹), presuppone sempre e inevitabilmente un grave *deficit* delle capacità di comprensione o di valutazione: un *deficit* che, pur non traducendosi necessariamente in un'assoluta inidoneità a rendersi conto di quel che si sta compiendo, implica proprio un'assenza di una volontà sufficientemente consapevole, in nessun modo conservabile²². È, dunque, necessario applicare un tale concetto in tutta la sua estensione anche nel testamento: senza, quindi, perimetrarlo e confinarlo alla sola incapacità assoluta.

Con riguardo, poi, a captazione e suggestione, non si vede la ragione per cui la volontà di un soggetto debole, eterodiretta dall'esterno grazie a efficaci tecniche di manipolazione, debba risultare più stabile rispetto a quella di un soggetto padrone di sé, ingannato su uno specifico aspetto della realtà²³. Certo, si potrà obiettare che tali ipotesi non rientrano nel dolo inteso in senso

²¹ Come osserva E. CARBONE, *Captazione*, cit., 808, «per l'incapacità naturale di contrarre non si esige la totale privazione delle facoltà psichiche, ritenendosi sufficiente la menomazione di esse, tale comunque da impedire la formazione di una volontà cosciente».

²² E, infatti, anche nei casi di incapacità relativa non può dirsi presente una volontà sufficiente: la casistica che vi si fa afferire, lungi dal limitarsi al mero turbamento, evoca una compromissione delle facoltà psichiche tale da rendere assente una reale consapevolezza di intenti. Nota R. CATERINA, *Le persone fisiche*², Torino, 2016, 30, che in tutta l'area dell'autonomia privata «la giurisprudenza [...] considera rilevanti, ai fini della validità degli atti, soltanto situazioni che incidono in modo grave sulla rappresentazione della realtà e sulla capacità di determinarsi in modo autonomo del soggetto, e non condizioni di turbamento emotivo, di apatia o perfino di leggera confusione»; viceversa, nessuna sentenza finisce per richiedere addirittura «una comprensione piena e una valutazione serena».

²³ Cfr. F.A. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*³, Padova, 1973, 463 (che ne deducevano addirittura la nullità, e non la semplice annullabilità, del testamento viziato da captazione; tuttavia, il fatto che si tratti comunque di una patologia del volere non pare autorizzare l'accostamento della captazione a una causa di nullità).

classico (e, dunque, si potranno valorizzare argomenti letterali e sistematici); di sicuro, però, non rivestirà alcun ruolo il principio di conservazione della volontà testamentaria, che in casi del genere è ancor più carente, e viziata, che nelle fattispecie classiche di dolo.

4. ... e la loro inadeguatezza rispetto all'attuale realtà sociale

Benché spesso si tenda a ignorarlo, il diritto delle successioni, che pur nel suo tecnicismo appare il frutto di una serie di astrazioni senza tempo, è fortemente ancorato ai connotati di ciascuna società, oltre a essere pregno di scelte politiche. Proprio da ciò deriva la necessità, per l'interprete del diritto successorio, di farsi ascoltatore dei suoi tempi e indagatore della realtà sociale in cui vive²⁴.

Quanto all'ambito che si va considerando, è stato osservato che diversi fenomeni sociali rendono ancora più impellente il superamento delle massime giurisprudenziali tratte in tema di testamento del soggetto vulnerabile, che oggi manifestano tutta la loro inadeguatezza rispetto alla «tragica diffusione di malattie senili» cui assistiamo²⁵.

In effetti, negli ultimi decenni la vita media si è molto allungata (ed è destinata ad allungarsi ancor più). Ciò non è coinciso – o non sempre è coinciso – con un allungamento degli anni di vita 'in salute': purtroppo, non è raro che i 'grandi anziani' versino in uno stato psichico-fisico non ottimale e, soprattutto, che siano afflitti da forme di demenza che ne limitano le facoltà di comprensione e di giudizio. Diversa è la causa di tali demenze, così come diverso ne è il decorso e lo specifico atteggiarsi; in comune vi è, però, la

²⁴ Sul legame tra diritto successorio e cambiamento della società si consenta di rinviare ad A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 95 ss.

²⁵ Cfr. S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1000 s.

loro frequenza nei soggetti più anziani, che vedono così non di rado compromesse – in modo ora lieve, ora medio, ora grave – le facoltà di memoria, di ragionamento e di valutazione²⁶.

Ovviamente, non si può escludere che anche in passato fossero presenti patologie di tal genere: tuttavia, la loro incidenza aumenta sempre più con i progressi della medicina, che consentono di allungare la vita, ma non sempre di preservare un'elevata qualità della vita. A questo primo fenomeno, poi, si deve associare un secondo fattore assai diffuso nell'attuale società, che aumenta per altro verso la vulnerabilità dei soggetti anziani (e che, di conseguenza, rende ancor più inadeguati gli orientamenti giurisprudenziali tralattizi).

Il riferimento va alla frantumazione dei nuclei famigliari²⁷: mentre in passato la famiglia allargata rappresentava un luogo di protezione per i propri 'vecchi', che venivano difesi dalle condotte di terzi interessati al loro patrimonio, oggi gli anziani vivono sempre più spesso da soli o in case di riposo (talvolta addirittura nell'abbandono e nell'indifferenza dei propri parenti). I congiunti più stretti, infatti, spesso non hanno tempo (per necessità famigliari o lavorative) di prendersi cura di genitori o zii in là con gli anni, che abbisognano di cure a tempo pieno o comunque tali da esigere il coinvolgimento di figure professionali. In Italia è assai diffuso il ricorso a badanti, con cui l'anziano finisce per trascorrere lunghe ore, o all'aiuto saltuario di vicini di casa, che talvolta sono le uniche persone che l'anziano vede su base quotidiana; altrettanto diffuso

²⁶ Cfr. G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren*, cit., 7 (che, su questa base, si chiede se sia *noch zeitgemäß* – per riprendere il titolo di un noto *Juristentag* tedesco: v. A. RÖTHEL, *Ist unser Erbrecht noch Zeitgemäß?*, in *Verhandlungen des 68. Juristentages. Gutachten*, A, München, 2010 – il modello testamentario tradizionale, basato sull'assoluta libertà del *de cuius*).

²⁷ Cfr. per tutti S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1002 s.; F.P. PATTI, *La volontà*, cit., 168.

è l'ingresso in strutture di accoglienza, ove il soggetto ricoverato può ricevere le cure di cui abbisogna.

È evidente che i due fattori, legati tra loro, producono un effetto dirompente: i repertori giurisprudenziali sono affollati di casi in cui, ad esempio, un anziano testava in condizioni di debolezza psichica, dovuta a una certa patologia e acuita da una situazione prolungata di solitudine, che portava il testatore a perdere i propri riferimenti valoriali e a finire per porre al centro della sua vita relazionale il vicino di casa o l'infermiere, trascurando così l'affetto provato verso i figli (magari lontani dal luogo di residenza del genitore o dello zio a causa di impegni lavorativi). Si tratta di casi tra loro diversi nei dettagli, ma omogenei nei lineamenti di fondo: da un lato, un anziano afflitto dalle patologie della terza età; da un altro lato, la pressione (se non addirittura la manipolazione) di soggetti a lui più o meno vicini.

Peraltro, è interessante osservare che i fenomeni richiamati non sono propri soltanto della società italiana: essi sono comuni a tutti i Paesi occidentali, ove si presentano in forme identiche o solo lievemente differenti²⁸.

L'uniformità del fenomeno sociale porta subito il giurista, specie se avvezzo al metodo comparatistico, a verificare come gli altri sistemi giuridici si siano attrezzati a far fronte ai problemi posti dalla 'vulnerabilità testamentaria'. Del resto, da qualche tempo la dottrina ha evidenziato non solo la legittimità, ma addirittura la necessità di ricorrere con ampiezza alla comparazione anche nell'ambito del diritto successorio, che un pregiudizio poco fondato (e, per vero, sempre rimasto a livello di precomprensione) in passato aveva ritenuto sottratto al confronto tra ordinamenti.

Ovviamente l'interprete che compara il diritto successorio di sistemi giuridici diversi dev'essere particolarmente attento a considerare che, più ancora che nell'area del diritto contrattuale, le

²⁸ V. già S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1000, testo e nt. 39.

scelte normative dei diversi ordinamenti sono pregne di valori politici; inoltre, non deve trascurare gli esiti pratici cui possono dare vita istituti anche apparentemente lontani da quelli che esamina (basti pensare, nell'ambito di attuale interesse, al fatto che una profonda tutela dei legittimari può rendere secondaria, o comunque meno urgente, la tutela della volontà testamentaria)²⁹.

Pur con tutti questi avvertimenti, risulta essenziale confrontare il sistema giuridico italiano e altri tradizionalmente vicini (come quello francese e quello tedesco), così come altri di ispirazione diversa, ma collegati a società non così dissimili (come gli ordinamenti di *common law*), per verificare in che modo sia affrontato il tema che all'estero viene detto ora dell'*ageing* (o *vulnerable*) *testator*, ora della *faiblesse* (o *vulnérabilité*) *du testateur*, ora del *verletzlicher Erblasser*³⁰.

Si tratta di un discorso che in questa sede non si può nemmeno tentare di imbastire. Qui converrà limitarsi a evidenziare che dalla comparazione si trae la conferma della necessità di un'indagine scrupolosa della volontà testamentaria: sia nel senso che la soglia del volere sufficiente non dev'essere fissata troppo in basso, sia nel senso che la verifica di sufficienza deve compiersi in modo analitico (sulla base di indicazioni precise che occorre fornire su un piano generale e poi adattare al concreto della situazione specifica).

²⁹ Sulla legittimità (e, anzi, opportunità) della comparazione nel diritto successorio v. R. ZIMMERMANN, *Kulturelle Prägung des Erbrechts?*, in *JuristenZ*, 2016, 321 ss.; ID. (hrsg. von), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, Tübingen, 2012; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2002, 3 ss.

³⁰ Tra le opere dedicate a una comparazione giuridica con riferimento agli istituti volti alla protezione del testatore fragile v. specialmente G. CHRISTANDI, *Selbstbestimmtes Testieren*, cit.; S. LAIMER, *Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un)fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland*, in *Rabels Zeitschr.*, 2013, 555 ss.; J.P. SCHMIDT, *Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa*, in *Rabels Zeitschr.*, 2012, 1022 ss.

Al contempo, tramite il confronto tra gli ordinamenti si avverte facilmente il tentativo di superare i tradizionali strumenti di tutela del volere testamentario (e, in particolare, le cause di invalidità delle disposizioni testamentarie), ritenuti inadeguati a fornire una protezione effettiva (e al contempo non sproporzionata)³¹. I meccanismi che fanno perno sull'invalidità del testamento si scontrano soprattutto con problemi di prova spesso insolubili: con la conseguenza che gli interpreti dei vari sistemi hanno provato a ipotizzare, soprattutto in un'ottica *de iure condendo*, nuovi sistemi volti a tutelare il testatore fragile (tra cui la limitazione del testamento olografo, l'onere di ricorrere al testamento pubblico per specifiche disposizioni o quello di sottoporsi a perizie mediche prima della redazione della scheda pubblica, il divieto o la presunzione relativa di invalidità di talune disposizioni in ragione del loro destinatario sospetto, l'ampio ricorso a patti successori per stimolare una contrattualità successoria tale da scongiurare – per quanto solo indirettamente e in parte – i problemi legati alla vulnerabilità testamentaria)³².

Nell'impossibilità di soffermarsi più diffusamente su questi temi, converrà passare ora a ipotizzare alcune linee di intervento – *de iure condito* e *de iure condendo* – volte a superare le rigide posizioni giurisprudenziali e, al contempo, a fornire una risposta efficace alle lacune di tutela sinora evidenziate.

5. *La soglia di (in)capacità naturale*

La prima area di approfondimento è senz'altro quella dell'incapacità naturale.

³¹ V. per tutti G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren*, cit., 103 ss.

³² V. già S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1006 ss., e ID., *Invalidità*, cit., 1065 s., nonché oltre, nel § 9.

Tra i diversi problemi che emergono a tal riguardo, quello forse più impellente riguarda l'esatta definizione della soglia al di sotto della quale può dirsi assente una volontà genuinamente formata. Non è sufficiente, infatti, dimostrare l'inattendibilità dei tradizionali orientamenti giurisprudenziali: è imprescindibile anche chiarire, in modo analitico, come vada individuata una volontà testamentaria sufficiente.

A) In una prospettiva assai generale deve, anzitutto, considerarsi il ruolo del testamento nel sistema giuridico e le ragioni della sua cittadinanza nell'ordinamento: in quest'ottica il testamento (inteso in senso sostanziale) è il negozio con cui un soggetto dispone delle sue sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere al fine (ecco il punto centrale) di realizzare interessi di stampo non patrimoniale. Il perseguimento di tali interessi, legati al mondo degli affetti, dei sentimenti, dei rapporti più intimi, fa del testamento un insostituibile strumento attraverso cui i privati possono realizzare la loro personalità (strumento che, per ciò stesso, trova il suo addentellato costituzionale non solo nell'art. 42 Cost., ma anche e anzitutto nell'art. 2 Cost.)³³.

Se così è, va ammesso che la volontà, chiamata a un compito di profonda rilevanza, debba essere altrettanto genuina: infatti, una successione che non fosse consapevolmente voluta non solo non consentirebbe di realizzare la personalità del suo autore, ma anzi la negherebbe (risultando allora preferibile ricorrere all'applicazione

³³ Sul valore costituzionale dell'autonomia privata in generale v. soprattutto P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, I, Napoli, 2006, 326 s. Ciò vale a maggior ragione per il testamento, come atto volto non solo (e non tanto) a trasferire ricchezza, ma soprattutto a soddisfare interessi non patrimoniali del suo autore (di rango assai elevato): cfr. V. infatti G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*¹⁰, Torino, 2020, 258; R. TRIOLA, *Il testamento*², Milano, 2012, 3.

residuale della successione legittima³⁴). Se ne trae la necessità di fissare la soglia di capacità naturale in modo sufficientemente severo, abbracciando nell'incapacità – esattamente come avviene in ambito contrattuale – anche la situazione di incapacità non assoluta, ma soltanto relativa.

Per l'effetto, perdono di consistenza pure quelle opinioni a mente delle quali l'ordinamento dovrebbe giudicare l'incapacità naturale in modo tendenzialmente più blando nell'area del testamento rispetto a quanto avviene per il contratto in virtù del fatto che solo il contratto può produrre un pregiudizio economico per il suo autore³⁵. Tali opinioni non considerano che il testamento, benché inidoneo a cagionare un pregiudizio di natura non patrimoniale, può comprimere interessi di rilevanza ancora maggiore³⁶: quegli interessi non patrimoniali il cui perseguimento è

³⁴ Del resto, una successione testamentaria frutto di una volontà viziata da incapacità naturale costituisce una distribuzione apparentemente voluta, ma in realtà non approvata, delle sostanze relitte (mentre la successione legittima almeno persegue altri interessi, considerati meritevoli dall'ordinamento giuridico). Non sarebbe possibile preferire una successione testamentaria non voluta a una legittima nemmeno dimostrando che una specifica successione testamentaria è più vicina, rispetto a quella legittima, alla volontà che il *de cuius* avrebbe espresso se fosse stato in grado di farlo. Una volontà non espressa, infatti, è semplicemente inesistente: e una successione non voluta è priva di ogni fondamento e non è conservabile (v., seppur con riferimento all'annullamento per motivo erroneo, la critica di M. SEGNI, *Per un'estensione delle ipotesi di caducità delle disposizioni testamentarie e del mandato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 99 s.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 179; in linea generale cfr. S. PATTI, *Invalidità*, cit., 1065).

³⁵ Questa tesi ha trovato la sua formulazione più compiuta nell'ordinamento tedesco: cfr. W. GRUNSKY, *Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit*, Baden-Baden, 2009, 10 ss.

³⁶ In questa prospettiva appare ancor più evidente la contraddittorietà del sistema normativo attuale (almeno per come inteso a livello giurisprudenziale), contraddittorietà che S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1006 s. (e già 1000), ha segnalato: da un lato, si tutela fortemente il contraente debole, mentre, da un

strettamente connesso al negozio testamentario e al suo essere strumento per la realizzazione della persona umana³⁷.

B) Quanto sinora illustrato vale, beninteso, solo in un'ottica molto generale, che dev'essere integrata – come già chiarito – su un piano di dettaglio. Non è sufficiente, infatti, affermare che la capacità naturale richiesta per testare 'non è minore', in senso lato, rispetto a quella necessaria per concludere un contratto: è, poi, imprescindibile verificare di cosa, precisamente, si componga tale capacità.

B.1) Su un piano astratto, la capacità naturale collegata al testamento non può venire ridotta alla formula della capacità di intendere e volere³⁸: formula di per sé ben poco espressiva, che l'interprete è chiamato a riempire di contenuto.

Anche qui è d'aiuto la comparazione e, in particolare, il confronto con le esperienze giuridiche tedesca e inglese, in seno alle quali sono stati elaborati *test* di capacità abbastanza precisi: ora (ed è il caso della giurisprudenza e della dottrina tedesche) si esige che il testatore non solo si renda conto di aver redatto un testamento e ne comprenda in linea di massima il significato, ma riesca anche a coglierne la portata, con particolare riferimento alle conseguenze sulle aspettative e sulle condizioni personali e

altro lato, si lascia il testatore vulnerabile in balia delle sue fragilità e delle circostanze esterne (lo osserva pure M. CINQUE, *Capacità*, cit., 363).

³⁷ Semmai la natura bilaterale o plurilaterale del contratto ha imposto al legislatore di affiancare, al requisito dell'incapacità naturale al momento dell'atto, altri presupposti perché il singolo contratto possa essere annullato dal suo autore: presupposti (fatti costitutivi del diritto potestativo di domandare l'annullamento) indicati nell'art. 428, comma 3, cod. civ. e diretti alla tutela dell'affidamento della controparte (o delle controparti).

³⁸ L'art. 591 cod. civ., a differenza dell'art. 428 cod. civ., parla di capacità di intendere 'o' volere (e non già 'e'). La differenza è dovuta a un refuso: essa risale all'art. 10, l. n. 39/1975, che ha modificato l'art. 591 cod. civ. in conseguenza dell'abbassamento a diciotto anni della maggiore età. Per ciò stesso alla diversa formulazione non deve essere attribuito alcun peso.

patrimoniali degli interessati, nonché abbia ben chiare le ragioni giustificatrici a suo sostegno (senza, peraltro, indebiti influssi da parte di terzi che si sostituiscano nella scelta, finendo per eterodirigerla)³⁹; ora (e qui il riferimento va al *Banks test* inglese) si richiede all'autore del testamento di conoscere in linea di massima i beni dell'asse e gli ordini di grandezza dei loro valori; di comprendere sempre a grandi linee il significato del testamento come atto e il modo di operare delle singole disposizioni; di ricordare le persone da cui è composto il suo nucleo affettivo e che potrebbero nutrire pretese o aspettative (anche non giuridicamente tutelate) rispetto al suo patrimonio⁴⁰.

Volendo prendere ispirazione da questi spunti, ben si potrebbe ritenere che la capacità che l'ordinamento italiano richiede per testare implichi che il testatore sia in grado di rendersi conto, nei tratti essenziali, del senso socio-giuridico della disposizione e dell'ampiezza e consistenza del suo patrimonio; di comprendere il modo in cui socialmente sono avvertiti certi valori e di porre in essere una scelta minimamente ragionevole al riguardo; di ricordare da chi è composta la sua rete di relazioni e affetti, di saperla proiettare sullo sfondo costituito dai suoi giudizi valoriali e di riuscire a preferire, mediante una scelta minimamente ragionevole, l'una o l'altra persona⁴¹. Resta fermo, in ogni caso, che solo una

³⁹ V. tra molte BGH, 29 gennaio 1958, in *Beck-Rechtsprechung*, 1958, 31372778, nonché, più di recente, OLG Frankfurt am Main, 5 settembre 1995, in *Beck-Rechtsprechung*, 1995, 06596. In dottrina v. per tutti G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren*, cit., 175.

⁴⁰ Cfr. *Banks v. Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549. Nella letteratura italiana, sull'importanza del *Banks test* per l'interprete municipale v. F.P. PATTI, *Valutazione*, cit., 68 s. Peraltro, un'indagine non troppo dissimile è sottesa alle parole di C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, in *Giur. it.*, 2023, 2605.

⁴¹ Appare evidente, alla luce di quanto si è scritto, che nel giudizio sull'incapacità gode di primaria importanza l'indagine sui motivi effettivi che hanno spinto il *de cuius* a una certa disposizione.

compromissione macroscopica di queste facoltà porta con sé l'incapacità.

B.2) Quanto si è detto vale, tuttavia, solo su un piano astratto: ossia con riferimento al testamento come tipo (o, per meglio dire, con riguardo generico alle 'disposizioni testamentarie').

Su un piano concreto la verifica di capacità diviene – e non può che divenire – altrettanto concreta. L'interprete, infatti, è chiamato a valutare se a presentare una macroscopica compromissione sia una delle facoltà richieste non già, in astratto, per testare, ma piuttosto, in concreto, per decidere una certa disposizione: ossia, se a essere macroscopicamente compromesse siano quelle facoltà normalmente o concretamente richieste per disporre in un certo senso⁴².

Se ne deduce che la verifica di capacità è, per così dire, relativa, attenendo a una specifica disposizione (e dovendo essere condotta alla luce del suo contenuto)⁴³. Così, ben può accadere che vi siano disposizioni 'più facili' e disposizioni 'più difficili', anzitutto per il loro contenuto socio-giuridico o finanche per le loro implicazioni affettive (basti pensare che è più semplice, in condizioni di debolezza, continuare a comportarsi come si è sempre fatto in vita, piuttosto che stravolgere integralmente la propria sfera valoriale e relazionale).

⁴² Nel senso che per testare è necessario che si possano porre in essere quei giudizi che normalmente sono alla base di un certo tipo di disposizioni o che concretamente sono stati alla base di una specifica disposizione.

⁴³ Con differenze operative di non poco conto: una tra tutte attiene all'eventualità che a essere viziata sia solo una disposizione (o siano solo alcune disposizioni) tra quelle contenute in un testamento. Il che apre al tema dell'invalidità parziale del testamento (come nota, tra gli altri, C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)*, in *Pers. merc.*, 2021, 566 ss.). Sul carattere relativo del giudizio di incapacità naturale v., nell'ordinamento tedesco (e in critica a un atteggiamento giurisprudenziale contrario, ma spesso insincero, perché scollato rispetto alla *ratio decidendi*), Ph. STICHERLING, sub § 2229 BGB, in *Münchener Kommentar*⁹, München, 2022, Rn. 24 e 29.

Parimenti, si deve concludere che la capacità naturale non è una qualifica di un soggetto in un torno più o meno ampio di tempo, ma piuttosto di uno specifico processo psichico (quello che ha condotto a una certa disposizione). Al contempo, ciò non vuol dire che la capacità naturale si confonda con un vizio del volere: essa non mira a valutare se una certa scelta testamentaria si sia fondata su una rappresentazione della realtà erronea o distorta (dotata di efficacia causale rispetto alla decisione finale), ma semmai se tale scelta non si è potuta avvalere di determinate facoltà psichiche (normalmente o concretamente implicate da quel processo decisionale)⁴⁴.

6. La captazione e la suggestione come forme qualificate di incapacità naturale

Un secondo ambito di riflessione, e di revisione interpretativa, è quello occupato dalla captazione e della suggestione.

Di fronte alla necessità di tutelare in modo effettivo il *de cuius* (o, per meglio dire, la formazione genuina della sua volontà), appare imprescindibile accogliere nell'ordinamento una causa di invalidità facente perno – in via di prima approssimazione –

⁴⁴ Anche qui, con differenze pure operative. Ad esempio, nel caso di dolo testamentario, dove pure non si distingue tra vizi determinanti e vizi incidenti, la dottrina più persuasiva (v. per tutti G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 193) sostiene che, se il vizio è di scarsa entità (ossia, ha avuto un'incidenza causale limitata nel processo psichico e nella decisione testamentaria), esso non è giuridicamente rilevante (ossia, non può condurre all'annullamento delle disposizioni toccate dall'errore). Nel caso di incapacità naturale, invece, non vi è la possibilità di condurre un analogo scrutinio causale, né giocoforza di valutare la scarsa entità del vizio: conseguentemente, l'incapacità naturale, se presente, porta sempre e irrimediabilmente all'invalidità delle disposizioni viziato.

sull'eterodirezione, tramite manipolazione, del volere dei soggetti più fragili⁴⁵.

Escluso che il dolo inteso in senso classico possa risultare sufficiente⁴⁶, l'interprete può rispondere all'esigenza richiamata in due modi diversi: inserendo nel dolo un ulteriore nucleo, tale da porsi accanto a quello della falsa rappresentazione indotta in modo doloso⁴⁷, oppure ricorrendo ad altre figure, tra cui la migliore candidata appare proprio l'incapacità naturale⁴⁸.

La prima via non sembra proficua⁴⁹: non solo in forza di un argomento testuale (che già di per sé imporrebbe di ancorare il dolo

⁴⁵ Cfr. già, nel vigore del vecchio codice, A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 296.

⁴⁶ Come peraltro ritenuto anche da buona parte della dottrina più risalente (oltre che, ancor oggi, dalle già riportate massime giurisprudenziali): cfr. ad esempio T. ALIBRANDI, *Captazione - b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 266 s.

⁴⁷ Cfr. ad esempio S. PAGLIANTINI, *Artt. 624-625 - Violenza, dolo, errore; Erronea indicazione dell'erede o del legatario o della cosa che forma oggetto della disposizione*, in *Delle successioni*, II, in *Comm. c.c. E. Gabrielli*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, 496 s.; ID., *I vizi della volontà testamentaria*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*², II, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2013, 959.

⁴⁸ Tesi, per vero, solo raramente sostenuta in dottrina (v. spec. U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità di succedere*, Padova, 1970, 183). Altre ricostruzioni, proposte in tempo più remoto e volte a riportare la captazione e la suggestione a una sorta di nullità strutturale o virtuale (v. ad esempio A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 296), appaiono oggi poco persuasive, non chiarendo perché invece le altre patologie del volere producano solo l'annullabilità, né spiegando in che modo quest'opinione possa convivere con quella distinzione tra regole di validità e regole di correttezza cui la giurisprudenza, specialmente in materia contrattuale, tuttora aderisce (e che osta a una nullità virtuale per 'eterodirezione del volere'). Di nullità si potrà semmai parlare ove l'incapacità sia 'assoluta', ossia tanto grave, da far venire meno «l'idoneità a volere qualcosa di significativo rispetto a un divisato regolamento di un conflitto di interessi» (cfr. V. PIETROBON, *Incapacità naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 3 ss.).

⁴⁹ Benché essa sia stata seguita dalla recente riforma francese del diritto dei contratti, la quale ha introdotto una nuova nozione di violenza, apparentemente applicabile anche in ambito testamentario (cfr. il nuovo art. 1143 Code civil, nella versione successiva alla *loi de ratification* del 2018, a mente del quale «il y a

di cui all'art. 624 cod. civ. all'elemento dell'errore indotto, così come avviene in ambito contrattuale), ma anche – e soprattutto – per ragioni più profonde, di stampo sistematico. La loro spiegazione richiede però di ampliare lo sguardo.

La tutela del volere testamentario è di per sé volta a proteggere il *de cuius*: benché attivata *ex post* da coloro che sono pregiudicati dalle disposizioni invalide, non si può ritenere che il legislatore l'abbia disegnata quale mezzo per proteggere (o proteggere principalmente) coloro che si avvantaggiano dalla rimozione di una o più disposizioni testamentarie (e che godono dunque di legittimazione attiva all'impugnazione)⁵⁰. A ben vedere, la posizione giuridica loro attribuita – ossia, il diritto potestativo di ottenere l'annullamento – costituisce solo un riflesso della tutela, di per sé preminente, di un altro interesse: per l'appunto, l'interesse del *de cuius* a evitare che la sua successione sia regolata da una volontà non genuina. Il che si ricollega e conferma, peraltro, aspetti e profili già toccati nelle pagine che precedono⁵¹.

également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif). Tuttavia, nell'area del testamento la giurisprudenza francese ha già chiarito che la 'nuova' violenza occupa lo spazio già coperto dall'*abus de faiblesse* penale, a sua volta già presidiato, prima del 2016-2018, dall'*insanité d'esprit* o dal *dol* (quest'ultimo spesso inteso in modo non troppo rigoroso nei presupposti).

⁵⁰ Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., 140; F.P. PATTI, *La volontà*, cit., 179.

⁵¹ Non a caso in dottrina taluno ha accostato il potere di annullare il testamento all'interesse legittimo, intendendo quest'ultimo come interesse occasionalmente tutelato, in virtù della sua corrispondenza con un diverso interesse immediatamente protetto dall'ordinamento (quello, per l'appunto, del *de cuius* a non subire lesioni della sua libertà testamentaria e a vedere la sua successione non regolata da una volontà viziata). Peraltro, a questa tesi può replicarsi, su un piano totalmente diverso, che l'idea per cui l'interesse legittimo è un interesse occasionalmente protetto non è più seguita da alcun autore nel diritto amministrativo (cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, I, Napoli,

Orbene, se la *ratio* dell'annullabilità del testamento (di qualsiasi forma di annullabilità) è la tutela del *de cuius*, evidentemente il perimetro dell'invalidità non può mutare, né tanto meno estendersi, in funzione della repressione di condotte di terzi (i quali, semmai, risponderanno ad altro titolo dei loro illeciti: ad esempio, sul piano penale o, su quello civile, esponendosi alla sanzione dell'indegnità)⁵².

Proprio un tale ragionamento è – più o meno esplicitamente – fatto proprio da quegli interpreti che constatano la difficoltà cui va incontro l'interprete allorché deve spiegare la ragione per cui all'art. 624, comma 1, cod. civ. il legislatore espressamente affianca all'errore il dolo (da intendere, qui, come errore dolosamente provocato). Se nel testamento qualsiasi errore (purché causalmente efficiente e non di scarsa importanza) provoca annullabilità, non si vede perché l'errore dovuto a dolo del terzo debba rilevare autonomamente e a condizioni diverse. La norma di legge si lascia tollerare, pur nella sua apparente irragionevolezza, solo in virtù del fatto che le differenze di disciplina tra errore (spontaneo o comunque non dolosamente causato) e dolo (errore dolosamente causato) sono assai scarse, limitandosi al fatto che, se l'errore cade sul motivo, oltre a essere determinante (causalmente efficiente) esso deve risultare dalla scheda, salvo per l'appunto che sia dovuto a dolo⁵³.

1989, 107 s.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, Bologna, 1994, 96). Sul punto v. F. CARPI, *L'efficacia 'ultra partes' della sentenza civile*, Milano, 1974, 65 ss. e 143 ss.; S. PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*², II, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, cit., 1016 s.

⁵² Del resto, è facile osservare che non sempre la disposizione indotta con dolo vede, quale beneficiario, il *decipiens*: sicché non sempre la sua caduta ridonda a svantaggio del *decipiens* stesso.

⁵³ La maggior parte della dottrina ritiene che la differenza in parola si spieghi dal punto di vista della prova: dove c'è dolo, sarebbe meno incerta la presenza di un motivo determinante (erroneo). Altri, invece, cercano altrove la spiegazione; altri

Trasportato nell'area dell'incapacità naturale, questo discorso impone di respingere tutte quelle tesi che pretendono di giudicare invalido il testamento allorché lo stesso sia il frutto di una pressione forte, di un suggerimento o anche di un'influenza eccessiva o indebita, a prescindere da ogni indagine circa la genuinità del volere del suo autore. Tutto al contrario, la presenza di un'attività di interferenza da parte di un terzo dovrebbe di per sé essere irrilevante: il punto centrale (anzi, l'unico profilo degno di considerazione) è semmai la verifica della corretta formazione del volere testamentario. Conseguentemente, l'attività esterna di un soggetto potrà aiutare dal punto di vista probatorio (agevolando la dimostrazione dell'insufficienza della volontà testamentaria), ma nulla più.

A sua volta, domandarsi se il volere si è correttamente formato impone giocoforza di chiedersi se il testatore fosse o meno capace naturalmente al momento dell'atto. Del resto, un'estensione dell'invalidità delle disposizioni a casi diversi – ad esempio, di semplice scarsa ponderazione (causata da una condotta altrui o addirittura spontanea) – non troverebbe appiglio nella legge, né giustificazione nei principi (e in particolare nella tutela della volontà testamentaria)⁵⁴.

ancora, infine, suppongono che il diverso trattamento sia difficilmente giustificabile, tendendo pericolosamente verso l'incostituzionalità (non è un caso, del resto, che l'art. 2078 BGB disciplini l'annullabilità delle disposizioni testamentarie, oltre che per violenza, per errore, senza menzionare il dolo, evidentemente attratto interamente all'errore: cfr. D. LEIPOLD, sub § 2078 BGB, in *Münchener Kommentar*⁹, cit., Rn. 37). Sul punto v. per tutti, anche con riferimento ai lavori preparatori del codice, C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*², I, Milano, 1964, 414 s.

⁵⁴ Qui, in effetti, si rischierebbe davvero di pregiudicare quel principio di conservazione della volontà testamentaria che costituisce cardine del diritto delle successioni (v., a tal riguardo, quanto si osservava nel § 4).

Una dimostrazione di quel che si va dicendo proviene dal diritto penale, che conosce il reato di circonvenzione d'incapace (art. 643 cod. pen.), peraltro non di rado contestato proprio con riferimento alla redazione di un testamento⁵⁵. Se è vero che l'art. 643 cod. pen. non richiede l'incapacità della vittima perché vi sia circonvenzione (ma solo la sua infermità o deficienza psichica), è anche vero che, nel farlo, la disposizione di legge intende che una semplice debolezza mentale (non corrispondente a una incapacità naturale di lungo tratto) può essere l'*humus* fertile di condotte manipolatorie, che comunque rilevano in quanto tali – ai fini della norma penale – solo se portano a compiere un atto in condizioni di incapacità naturale (del resto, se così non fosse mancherebbe la lesione del bene della vita protetto dalla disposizione penale e non si capirebbe nemmeno perché l'art. 643 cod. civ. parli di circonvenzione 'd'incapace')⁵⁶.

Ne deriva che, nella prospettiva del diritto civile, le condotte manipolatorie che si sogliono chiamare 'captazione' e 'suggerione'

⁵⁵ Cfr. ad esempio Cass. pen., 22 settembre 2022, n. 46522, in *dejure*.

⁵⁶ Diversi precedenti fanno propria la tesi per cui «non sussiste, ai fini della dimostrazione della presenza dei presupposti soggettivi del reato la necessità di dimostrare la presenza di un vero e proprio stato di incapacità di intendere e di volere o di svolgere perizia sul punto, essendo sufficiente anche una minorata capacità psichica, con compromissione del potere di critica ed indebolimento di quello volitivo, tale da rendere possibile l'altrui opera di suggestione e pressione» (così Cass. pen., 22 settembre 2022, n. 46522, cit.). Ove si indaghi più analiticamente il tema, però, ci si accorge che tali sentenze si limitano a distinguere lo stato di vulnerabilità di cui all'art. 643 cod. pen. (l'infermità o la deficienza psichica) dall'incapacità: il che è corretto, anche perché la vulnerabilità è uno stato prolungato nel tempo, che funge da terreno per le condotte manipolatorie, mentre l'incapacità naturale riguarda (a rigore) il processo psichico che conduce all'atto. Resta fermo che quanto si è chiarito nel testo non si trova quasi mai esplicitato dai precedenti (ma, nondimeno, spesso vi è sotteso, e talvolta in modo pure abbastanza evidente: v. ad esempio Cass., 15 giugno 2020, n. 11467, in *onelegale*; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *dejure*).

(e che non trovano corrispondenza nel dolo in senso stretto) non possono essere fatte afferire a un dolo in senso lato: per un verso, non si capirebbe perché solo in presenza di un'attività illecita altrui venga tutelato il testatore; per un altro verso, prescindendo dal riferimento all'incapacità naturale non si riuscirebbe a fissare una soglia del volere sufficiente (o comunque la si fisserebbe troppo in alto).

Molto più convincente è, invece, inserire captazione e suggestione nell'incapacità naturale, come sue sottospecie⁵⁷: ipotesi particolarmente qualificate che, oltre a godere di una certa agevolazione probatoria (non giuridicamente formalizzata, ma semplicemente fattuale), potrebbero essere soggette a una disciplina specifica (in parte ricalcata su quella del dolo, in virtù dei tratti di somiglianza con quest'ultimo). Poiché, a ben vedere, l'unico elemento di disciplina dell'annullamento per incapacità naturale che la distingue da quella dell'annullamento per dolo è il *dies a quo* della prescrizione⁵⁸, e poiché il diverso *dies a quo* in caso di vizi del volere, seppur di difficile giustificazione sistematica, sembrerebbe dipendere dall'esistenza di un turbamento specifico della volontà (magari indotto dall'esterno)⁵⁹, si potrebbe sospettare

⁵⁷ S. PATTI, *Il testamento pubblico*, cit., 1793, ritiene utile «elaborare una moderna disciplina dell'istituto della captazione, legata alla vulnerabilità della persona anziana, in modo da procedere, con strumenti nuovi e raffinati, all'accertamento dell'eventuale mancanza o vizio di una consapevole volontà negoziale». La via così additata potrebbe passare proprio dall'ampliamento delle ipotesi di incapacità naturale, una volta abbassata la corrispondente soglia, sì da introdurvi, come sottofigure, anche la captazione e la suggestione.

⁵⁸ Per l'art. 591, comma 3, cod. civ. il termine di prescrizione dell'annullamento del testamento decorre dal momento di esecuzione delle disposizioni; per l'art. 624, comma 3, cod. civ., dalla conoscenza del vizio da parte dei terzi legittimati a impugnare.

⁵⁹ La dottrina ritiene poco giustificato il differente *dies a quo*, giungendo finanche a ipotizzare l'incostituzionalità di una delle due regole che pongono *dies a quibus* diversi (cfr. G. GABRIELLI, *Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, in

che, in virtù di una lacuna sistematica, lo stesso *dies a quo* valga anche in quelle sottopotesi di incapacità naturale che sono la captazione e la suggestione (a loro volta connotate dall'esistenza di una dolosa attività manipolatoria altrui che, abusando di uno stato di deficienza psichica, porta a testare in condizioni di incapacità)⁶⁰.

In senso contrario a questa tesi non si potrebbe opporre che essa tutela poco il *de cuius*: così non è, evidentemente, ove si condivida l'abbassamento della soglia di incapacità naturale (secondo quanto sostenuto nel paragrafo che precede). E in senso contrario non si potrebbe nemmeno addurre che, così facendo, si lascerebbero fuori captazione e suggestione dall'indegnità *ex art. 463, n. 4), cod. civ.*: quest'ultima previsione normativa, nel definire

Riv. dir. civ., 2011, I, 8). Ove proprio si volesse rintracciare un fondamento per il contrapposto regime, lo si dovrebbe rinvenire nel fatto che l'intervento di un terzo (nel dolo o nella violenza) o comunque il puntuale vizio del volere (nell'errore) sono di regola più difficilmente conoscibili da colui che è interessato a impugnare il testamento rispetto all'incapacità naturale, che spesso (anche se non sempre) si manifesta con condotte esteriori e in un tratto di tempo relativamente lungo. Se così è, ben si comprende perché, ove il perfezionamento del testamento in situazione di incapacità naturale sia dipeso (anche) dall'intervento del terzo, si adatti di più alla fattispecie il *dies a quo* di cui all'art. 624, comma 3, cod. civ.

⁶⁰ Per altro verso, dovrebbe sostenersi che il modello attorno a cui costruire le condotte di captazione e suggestione (quali sottopotesi di incapacità naturale) è proprio il reato di circonvenzione di incapace (nei limiti, beninteso, della compatibilità, soprattutto in ragione della diversa area di incidenza – civile e penale – e della diversa funzione delle norme – protettiva del *de cuius* e sanzionatoria –). Al contempo, ciò porta a negare (come già avviene in dottrina, sulla base di molteplici argomenti facenti perno anzitutto sulla distinzione tra norme di validità e norme di responsabilità) la tesi giurisprudenziale che vorrebbe nullo, e non solo annullabile, il testamento perfezionato in virtù di una circonvenzione di incapace (v. *ex multis* Cass., 6 febbraio 2023, n. 3523, in *dejure*, proprio in materia testamentaria; per la critica cfr. ad esempio A. ALBANESE, *Estorsione contrattuale: una fattispecie penale in cerca di rimedio civilistico*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, 627 s.).

indegno chi comprime la libertà testamentaria con violenza o dolo, a ben vedere non richiama meramente i concetti di cui all'art. 624 cod. civ., ma impone semmai di considerare indegno colui che estorce in modo palese o in modo subdolo (appunto, con violenza o con dolo) una dichiarazione non voluta (dove 'non voluta' andrà inteso in senso coerente rispetto all'interpretazione delle disposizioni sull'invalidità del testamento: sicché non potrà dirsi 'non voluta' una disposizione in tutto e per tutto valida, proprio perché tale validità confermerebbe l'assenza di una lesione dell'autonomia testamentaria)⁶¹.

7. Il rigore probatorio nella dimostrazione dell'incapacità naturale

A) In parte, la tradizionale opinione giurisprudenziale in punto di fissazione della soglia di incapacità testamentaria si deve, più che alla tutela della volontà espressa (protetta da uno scrutinio di genuinità avvertito – erroneamente – come troppo invasivo), a certe inevitabili difficoltà nell'apprezzamento della prova.

Si nota solitamente che la prova dell'incapacità naturale al tempo del testamento è molto ardua, poiché la relativa valutazione (per lo meno allorché si tratti di un procedimento civile) si svolge

⁶¹ In dottrina si dibatte sul fatto che la violenza e il dolo di cui all'art. 463, n. 4), cod. civ. richiamino gli analoghi concetti di cui all'art. 624 cod. civ. oppure siano autonomi dagli stessi (per l'opinione che sovrappone i requisiti di annullabilità e indegnità, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in Collana 'Trattato di diritto civile italiano', Torino, 1977, 137; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*³, in Collana 'Commentario del Codice civile', Bologna-Roma, 1997, 197; in senso contrario U. SALVESTRONI, *Il problema*, cit., 181 ss.). La tesi per cui si è optato nel testo li slega, ma al contempo non li rende totalmente indipendenti (anzi, cerca di coordinarli): perché vi sia indegnità è necessario comunque che sia lesa la libertà testamentaria; e perché sia lesa tale libertà è (tra l'altro) necessario, in presenza di una disposizione posta dal testatore, che il sistema normativo la consideri per qualche verso invalida (giacché, se l'invalidità mancasse, farebbe difetto anche il pregiudizio arrecato alla libertà testamentaria).

spesso diversi anni dopo la redazione della scheda, allorché il suo autore non è più in vita e la memoria degli eventi può essersi affievolita⁶². Peraltro, nei non rari casi in cui l'incapacità naturale si lega a condotte captatorie e suggestive avviene spesso che lo stesso soggetto manipolatore isola la vittima: in ipotesi del genere è ancor più arduo fornire la prova di eventi che, proprio grazie all'opera del manipolatore, sono sottratti agli sguardi e all'attenzione dei terzi (e in particolare dei famigliari o degli altri famigliari)⁶³.

Probabilmente anche per questo la giurisprudenza adotta un certo orientamento nel fissare la soglia di incapacità: orientamento che, però, non si giustifica nemmeno in una simile prospettiva. Aniché esigere 'molta' incapacità, e quindi operare sul piano sostanziale, sarebbe assai preferibile muoversi in un altro campo: e, in particolare, richiedere una prova 'rigorosa' dell'incapacità naturale. Del resto, il ricorso all'uno o all'altro *standard* di prova è sempre frutto di una scelta di politica del diritto⁶⁴: che, per quanto spesso non esplicitata dai nostri giudici (e nemmeno dalla nostra dottrina), è inevitabile, sia che si propenda per il mero 'più probabile che non', sia che si adotti un parametro più severo. Quanto ai giudizi sull'incapacità naturale testamentaria, la necessità di preservare una volontà non più esprimibile, in uno col fatto che ad agire per l'annullamento non è mai l'autore del negozio che

⁶² Cfr. F.P. PATTI, *Valutazione*, cit., 50; J.P. SCHMIDT, *Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa*, in *Rebels Zeitschr.*, 2012, 1023.

⁶³ Secondo la nota decisione inglese *Schrader v. Schrader* [2013] EWHC 466 (Ch), «it is the nature of undue influence that it goes on when no-one is looking».

⁶⁴ Ha sottolineato, di recente, il collegamento tra scelte di *policy* e principi in tema di prova (principi che, si può aggiungere, vanno dalla distribuzione dell'onere della prova alle prove utilizzabili, dai poteri istruttori del giudice alle regole di valutazione e apprezzamento delle prove, ivi dunque comprese pure le regole sugli *standard* probatori) F. MEZZANOTTE, *Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')*, in *Liber amicorum per G. Vettori*, a cura di G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi e S. Orlando, Firenze, 2022, 2342 ss.

chiede di caducare un vincolo, dovrebbero convincere della necessità di ricorrere a uno *standard* probatorio diverso rispetto al mero 'più probabile che non'.

In questo senso, in effetti, si esprimono già diverse sentenze: le quali, spesso senza affrontare espressamente il problema dello *standard* probatorio (non di rado trascurato nel nostro ordinamento), richiedono una prova 'rigorosa' dell'incapacità naturale⁶⁵. Quest'espressione viene per lo più intesa come sinonimo di 'oltre ogni ragionevole dubbio'⁶⁶, anche se, in effetti, potrebbe ritenersi che nell'ambito dell'incapacità naturale, pur dovendosi far uso di uno *standard* probatorio più esigente rispetto al 'più probabile che non', ci si accontenti di meno del parametro (tipicamente penalistico) dell'assenza di ogni dubbio ragionevole (soprattutto alla luce del fatto che una simile soglia appare davvero assai ardua da superare in giudizi che vengono promossi spesso molti anni dopo la redazione del testamento e ad opera di soggetti per lo più non presenti alla sua confezione). Ne deriverebbe la necessità di intendere la prova 'rigorosa' come via di mezzo tra gli altri due *standard* poc'anzi citati.

Per contro, va a tal riguardo criticato quell'orientamento giurisprudenziale maturato in tema di captazione e suggestione che, volendo elevare il relativo *standard* probatorio, si spinge probabilmente troppo in là, in particolare ove richiede la «certezza» di fatti «che consentano di identificare e ricostruire l'attività

⁶⁵ V., per limitarci solo agli ultimi anni, Trib. Lecco, 21 giugno 2021, n. 349, in *dejure*; Trib. Modena, 9 novembre 2020, n. 1338, in *dejure*; Trib. Pordenone, 13 agosto 2020, n. 427, in *dejure*; Trib. Lucca 9 giugno 2020, n. 465, in *dejure*; Cass., 4 marzo 2020, n. 6079, in *dejure*. Il dato è comune a tutte le giurisdizioni (il che conferma come il problema sotteso sia avvertito dovunque): cfr. S. LAIMER, *Die Feststellung*, cit., 582 s., secondo cui sia nell'area tedesca, che in quella francese e in quella italiana, è richiesta la *volle Überzeugung* del giudice.

⁶⁶ Cfr. ad esempio A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II. *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 135.

captatoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore»⁶⁷. In un'area in cui la prova è inevitabilmente indiretta e peraltro fondata su fatti non particolarmente vicini all'evento da provare (stanti le inevitabili difficoltà di ricostruire con precisione gli eventi in cui si è estrinsecata la manipolazione), pretendere una simile certezza appare inutile ed eccessivo⁶⁸, a fronte della necessità di una prova che comunque dev'essere, come detto, 'rigorosa'.

B) Non è certo possibile, qui, soffermarsi su tutte le possibili prove (o, per meglio dire, su tutti i possibili indizi) da cui è possibile desumere l'invalidità del testamento per incapacità naturale (anche *sub specie* di captazione e suggestione).

Almeno a due ordini di indizi, tuttavia, è d'uopo volgere l'attenzione.

B.1) È assai nota quell'opinione giurisprudenziale secondo la quale dalla prova di uno stato abituale di incapacità (o, in alcuni arresti, di infermità) al tempo della redazione della scheda va desunta l'incapacità nel momento della redazione stessa, salva la prova, rimessa alla controparte, di un lucido intervallo. A mente di un'ulteriore opinione, altrettanto nota e diffusa, dalla prova dell'incapacità (o, in certe pronunce, dell'infermità) in un tempo subito anteriore e subito successivo alla predisposizione del

⁶⁷ È spesso ripetuto nelle massime che la prova di captazione e suggestione, «pur potendo essere presuntiva, deve fondarsi su fatti certi che consentano di identificare e ricostruire l'attività captatoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore»: cfr., ad esempio, Cass., 28 febbraio 2018, n. 4653, cit.; Cass., 23 ottobre 2017, n. 24995, cit.; Cass., 16 gennaio 2014, n. 824, in *dejure*, secondo la quale la prova non può ridursi alla mera convivenza con il testatore del beneficiario di una disposizione testamentaria.

⁶⁸ Cfr. E. CARBONE, *Captazione*, cit., 823; M. CINQUE, *Capacità*, cit., 376; M. GIROLAMI, *Libertà*, cit., 1198.

testamento è possibile trarre la dimostrazione dell'incapacità anche al momento di confezione della scheda⁶⁹.

Si tratta di vere e proprie 'presunzioni giurisprudenziali', ossia di presunzioni relative non poste dal legislatore, ma surrettiziamente create dalla giurisprudenza.

Non pochi osteggiano il ricorso, in questa materia, a tali 'presunzioni giurisprudenziali', ritenendo che esse siano contrarie al testo dell'art. 591 cod. civ., il quale, nel richiedere di verificare la capacità 'al momento' del testamento, non potrebbe accontentarsi di una verifica di capacità in un momento distinto⁷⁰.

A ciò si può però opporre che la norma di legge attiene al piano sostanziale e non già a quello probatorio: essa lascia aperta la possibilità che la dimostrazione dell'incapacità provenga da indizi anche relativi a uno stato patologico di più ampio tratto (essendo, del resto, praticamente impossibile conoscere lo stato del *de cuius* proprio nel momento di redazione del testamento).

Semmai, il problema che l'uso di tali stilemi decisori pone è collegato alla stessa tecnica delle presunzioni giurisprudenziali: le quali, nel voler semplificare e uniformare gli accertamenti concreti dei giudici, finiscono per esautorare prerogative del formante legislativo (come quella di creare presunzioni relative).

Il tema, cioè, è quello della rigidità delle presunzioni giurisprudenziali in esame (e, più in generale, dell'ammissibilità

⁶⁹ Tra moltissime decisioni v., esemplificativamente, Cass., 10 ottobre 2018, n. 25053, in *onelegale*, per la prima presunzione, e Cass., 22 febbraio 2023, n. 5439, in *dejure*, e Cass., 31 dicembre 2021, n. 42124, sempre in *dejure*, per la seconda.

⁷⁰ V. A. GENOVESE, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 207 ss. Sul punto v. anche C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Padova, 2010, 763. In senso contrario v. però F.P. PATTI, *Valutazione*, cit., 54 ss.

stessa di presunzioni giurisprudenziali⁷¹): e la domanda da porsi attiene alla preferenza per un sistema più incerto, ma più legato al caso concreto (in cui dunque il giudice valuti caso per caso il tipo di patologia, il suo stato, il suo decorso e così via, al fine di desumerne l'eventuale incapacità al momento di redazione del testamento), o per un sistema più certo, ma evidentemente scollegato alle specificità del caso concreto (come avviene in base agli orientamenti giurisprudenziali predetti)⁷².

La stessa questione, del resto, si pone allorché ci si chiede se sia corretto desumere (già *de iure condito*) una prova dell'incapacità naturale dalla presenza di un provvedimento di limitazione della capacità di agire (che non escluda di per sé la *testamenti factio*), costruendo una presunzione relativa di incapacità naturale a partire da quest'ultimo, oppure se risulti più persuasiva una soluzione più duttile. Un dibattito, questo, ancora aperto, rispetto al quale non può escludersi anche un futuro intervento legislativo⁷³.

⁷¹ Sul concetto di presunzione giurisprudenziale v. S. PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, in *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. Patti e R. Poli, Torino, 2022, 22 ss. Cfr. poi anche G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 177 ss.

⁷² A tal riguardo v. anche gli spunti di A. FUSARO, *L'atto*, cit., 165, che critica ogni equivalenza troppo meccanica tra malattia mentale e incapacità. Da un diverso punto di vista, non si può trascurare come la stessa scienza medica ritenga assai discutibile la figura del 'lucido intervallo' (U. FORNARI, *Trattato di psicopatologia e di psichiatria forense*⁹, II, Torino, 2024, 891).

⁷³ S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1106, ha proposto di ritenere che per questi soggetti debba essere già *de iure condito* più facile la prova dell'incapacità naturale di testare (e, a tal riguardo, ha ipotizzato la formazione di una presunzione giurisprudenziale che colleghi alla limitazione della capacità di agire la prova dell'incapacità naturale, salva la possibilità del convenuto di dimostrare il contrario). A ciò si è ribattuto, tra l'altro, che proprio la mancata contemplazione dell'incapacità a testare nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno potrebbe, e dovrebbe, al contrario costituire conferma della capacità (M. GIROLAMI, *I testamenti*, cit., 567).

B.2) Nei giudizi sull'incapacità naturale testamentaria non è raro vedere valorizzata, tra gli altri elementi, la natura 'insolita', 'anomala' o addirittura 'sorprendente' di una certa disposizione testamentaria.

L'utilizzo del contenuto della disposizione testamentaria quale strumento di prova è da taluni autori contestato, sulla base della considerazione per cui il testamento è 'il regno dell'arbitrio'⁷⁴: si ritiene, per la precisione, che desumere l'invalidità di una disposizione dal suo contenuto strano finisca per ledere quella stessa libertà che consente al testatore di disporre, per l'appunto, anche in modo anomalo o finanche bizzarro⁷⁵.

Sul punto, a ben vedere, occorre distinguere due piani diversi.

Anzitutto, ben si può ritenere, su un piano per così dire sostanziale, che disposizioni anomale rispetto al vissuto di un soggetto siano di per sé più esigenti dal punto di vista delle facoltà psichiche implicate: come già rilevato qualche pagina addietro, vi sono disposizioni più facili e disposizioni più difficili e una decisione testamentaria 'strana' può di per sé richiedere una consapevolezza affettiva maggiore (richiesta da una scelta contraria ai valori e alle relazioni fino a quel momento coltivati).

Il piano che ci interessa ora, pur intersecandosi con quello testé evocato, è diverso: ed è quello probatorio. Dalla semplice anomalia di una disposizione si può desumere la sua invalidità?

La tesi contraria appare eccessivamente rigida: essa non considera che, per l'appunto, l'opinione criticata si muove su un terreno probatorio e non già sostanziale; per ciò stesso essa non mira a comprimere la libertà testamentaria, né in realtà la

⁷⁴ Secondo la nota e fortunata formula di A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, ora in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di A. Trabucchi*, a cura di G. Cian e R. Pescara, Padova, 1988, 1317.

⁷⁵ A.M. BENEDETTI, *La protezione del testatore (ir)ragionevole? Incapacità naturale e problemi di prova*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 759 ss.

comprime⁷⁶. Ovviamente, perché così sia è necessario che il ragionamento sia confinato davvero all'ambito probatorio e che, lungi dal consentire di valorizzare la semplice anomalia di una disposizione testamentaria rispetto a un modello astratto, valuti la sua stranezza rispetto alle abitudini di vita del soggetto in quello specifico tratto di tempo (o in altro antecedente), indagando su tutti gli elementi del caso concreto⁷⁷.

8. *Possibili interventi de iure condendo*

Non poche sono le pagine che la dottrina italiana e soprattutto straniera ha dedicato agli interventi *de iure condendo* che potrebbero migliorare la tutela del testatore vulnerabile.

In effetti, il sistema che fa perno sull'annullamento per incapacità naturale soffre di molte criticità, per lo più legate alla difficile prova dell'incapacità stessa (difficile da dare e comunque inevitabilmente incerta). Proprio per questo diversi autori, anche in esperienze giuridiche vicine (e anzitutto in quella tedesca), si sono esercitati nell'ipotizzare nuovi istituti e nuove disposizioni volti a migliorare la tutela dei testatori fragili.

⁷⁶ Di controllo «contenutistico» ha parlato S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1000, richiamando G. OTTE, *Privatautonomie im Erbrecht*, in *ErbR*, 2009, 2 ss.; a un vaglio di «ragionevolezza», sia pure «con la massima prudenza», si è riferito lo stesso S. PATTI, *Invalidità*, cit., 1065, che ha altrove voluto rintracciare nell'«irragionevolezza» delle disposizioni un indice, «in concorso con altri elementi», dell'«incapacità del testatore» (così ID., *Testamento*, 635 ss., richiamando il noto insegnamento di P. RESCIGNO, *Interpretazione*, cit., 143 s. e 204).

⁷⁷ Si tratta, cioè, di verificare la ragionevolezza (non già oggettiva del testamento, ma semmai) soggettivo-oggettiva, ossia il modo in cui un soggetto in condizioni analoghe al testatore avrebbe presumibilmente testato (con ciò superandosi così la critica di E. CARBONE, *Captazione*, cit., 811 e 822, a S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1002).

Poco persuasive risultano quelle tesi che vorrebbero limitare in modo *tranchant* l'autonomia testamentaria oltre una certa età, addirittura escludendola o applicando una presunzione relativa di incapacità⁷⁸. Sarebbe assai complesso fissare una simile soglia di età, fermo restando che tale regola apparirebbe in ogni caso discriminatoria nei confronti degli anziani (e, come si è osservato, poco accettabile in una società come quella italiana, in cui per molti versi un settantenne è considerato un 'giovane'⁷⁹)⁸⁰.

Varie proposte di modifica attengono alla limitazione delle forme testamentarie accessibili in situazioni, per così dire, di dubbio sulla capacità.

Tali proposte sono, al loro interno, assai varie: vi è chi ritiene congruo impedire il testamento olografo oltre una certa età (magari solo con riferimento ai patrimoni più ingenti)⁸¹; chi, invece, ipotizza

⁷⁸ Sulla presunzione relativa in parola v. J.C. SONNEKUS, *Freedom of Testation and the Ageing Testator*, in *Exploring the Law of Succession*, ed. by K.G.C. Reid, M.J. de Waal and R. Zimmermann, Edinburgh, 2007, 90, e S. PATTI, *Invalidità*, cit., 1066. S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1001, osserva che manca nell'ordinamento italiano un'età oltre la quale si perde la capacità di agire (e v. già ID., *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 259 ss.).

⁷⁹ Lo nota M. CINQUE, *Il ruolo*, cit., 1036.

⁸⁰ In senso critico E. CARBONE, *Captazione*, cit., 824; M. GIROLAMI, *I testamenti*, cit., 562 s.

⁸¹ G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 586 (secondo cui «gioverebbe un ripensamento» dell'olografo e forse «anche la scelta normativa» di precluderlo o scoraggiarlo «là dove la persona sia in età avanzata, o nel caso in cui la fermezza della sua volontà, o la pienezza delle sue capacità intellettive, sia, quanto meno, dubbia»); S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1007 (il quale propone di «limitare l'ammissibilità del testamento olografo alla trasmissione di patrimoni di valore esiguo», sulla scia di B. GÖRGENS, *Überlegungen zur Weiterentwicklung des § 2247 BGB (Eigenhändiges Testament)*, in *Jur. Rundschau*, 1979, 357 ss., o di escluderla oltre una certa età; quest'ultima idea è poi approfondita in S. PATTI, *Il testamento pubblico*, cit., 1794 ss.); di necessaria «rimeditazione» dell'olografo parla A. BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e*

di applicare tale preclusione nel tratto di tempo precedente il decesso (se intervenuto dopo una certa età)⁸²; chi, ancora, propone di esigere il testamento pubblico per specifiche disposizioni, di per sé sospette (come quelle a favore di infermieri o badanti che accudiscono il testatore)⁸³.

Inoltre, la stessa forma che in queste situazioni di dubbio verrebbe imposta cambia da proposta a proposta: se alcuni autori si limitano a evocare la forma pubblica (che costituisce una garanzia minima, consentendo di escludere soltanto situazioni di incapacità macroscopiche e immediatamente evidenti⁸⁴), altri vorrebbero arricchire o rinforzare la stessa forma pubblica (ad esempio, richiedendo al notaio di esigere dal suo cliente un certificato medico, redatto da uno specialista, o addirittura disegnando una diversa e più intensa forma di collaborazione tra notaio e medico)⁸⁵.

Spingendosi più in là, si potrebbe finanche suggerire l'introduzione di una forma di testamento 'giudiziale' (che, per

qualificazione, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 719. *Contra*, però, G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, in *Jus Civile*, 2017, 383; A. FUSARO, *L'atto*, cit., 176.

⁸² M. ADEN, *Das todesnahe Testament*, cit., 84. V. pure M. FRIES, *Nachlassende Testierfähigkeit*, cit., 441 ss.

⁸³ G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren*, cit., 385 ss., ha ipotizzato di rendere obbligatoria la forma del testamento pubblico in caso di disposizione a favore di soggetti da cui il testatore dipende. Va menzionata la critica di F.P. PATTI, *La volontà*, cit., 226 ss., secondo cui la difficoltà di rendere determinato il concetto di 'dipendenza' farebbe sì che, pur aderendo alla proposta, non si otterrebbero grandi risultati: infatti, ci si limiterebbe a spostare il contenzioso in tema di capacità, trasferendolo sul terreno dell'invalidità per mancanza di forma.

⁸⁴ Come nota S. PATTI, *Il testamento pubblico*, 1795, l'accertamento della volontà testamentaria demandato al notaio (v. art. 47, comma 2, l. not.) riguarda solo aspetti macroscopici della capacità; del resto, l'ordinamento non richiede al notaio di munirsi di conoscenze mediche, né di valutare se il testamento «sia il frutto di una macchinazione di soggetti che hanno adeguatamente 'preparato' il dichiarante».

⁸⁵ V., variamente, F.P. PATTI, *Valutazione*, cit., 65; M. FRIES, *Nachlassende Testierfähigkeit*, cit., 452 ss.

vero, la dottrina ha già abbozzato in passato con riferimento alle disposizioni dei soggetti interdetti⁸⁶): testamento che sarebbe ricevuto da un giudice (in sede di volontaria giurisdizione), il quale coopererebbe con un medico nell'accertare la capacità (e finanche nell'aiutare, in modo ovviamente non invasivo, l'espressione della volontà). A sua volta, tale forma potrebbe essere obbligatoria in talune situazioni o anche solo facoltativa: se facoltativa, è probabile che verrebbe comunque adottata da tutti coloro che, in situazioni di capacità incerta, volessero rendere più stabili le loro disposizioni (diminuendo il rischio di annullamento, specie a fronte di un abbassamento della soglia giurisprudenziale di incapacità naturale rilevante in ambito testamentario).

Vi è poi un'altra dimensione di interventi che, in un qualche modo, contribuirebbero a migliorare la disciplina ordinamentale in punto di testamento e vulnerabilità: si tratta di interventi che agiscono indirettamente sulla problematica, aggirando o comunque depotenziando le criticità che ne derivano.

Un primo ambito di riflessione è occupato dal nesso tra successione dei legittimari e tutela del testatore vulnerabile⁸⁷. È evidente che, all'incrementare delle quote di riserva, lo spazio della successione testamentaria si riduce e, con esso, anche i problemi che possono riguardare quest'ultima. Parimenti, se è evidente che i

⁸⁶ G. BONILINI, *Il testamento dell'infermo di mente*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988, 519 s.

⁸⁷ Ben noto alla dottrina, non solo italiana: per l'osservazione per cui l'ampio spazio riservato all'*undue influence* nel *common law* statunitense supplisce alla mancanza di un sistema di *forced heirship* cfr. R.D. MADOFF, *Unmasking Undue Influence*, in *Minnesota L. Rev.*, 1997, 606 ss. Nella comparazione si osserva – facendo eco a questi studi – che il largo spazio lasciato agli istituti che conducono all'invalidità del testamento nel *common law* americano costituisce, per certi versi, l'equivalente funzionale della nostra successione necessaria (o, per lo meno, un surrogato della stessa): v. M. CINQUE, *Il ruolo*, cit., 1036.

due istituti sono e restano differenti, è vero anche che esiste un palese intreccio, soprattutto se si pone mente al fatto che, non di rado, a impugnare per incapacità naturale le disposizioni testamentarie sono proprio coloro che, al contempo, sarebbero tutelati dalla successione necessaria.

Tuttavia, non è questo l'ambito che richiede l'attenzione dell'interprete: infatti, la successione dei legittimari è già compiutamente regolata in Italia e non richiede certo di essere incrementata per meglio tutelare i testatori fragili (tutt'al più, l'intreccio segnalato può costituire un argomento volto a evitare un'eccessiva compressione della successione necessaria, da tenere in debita considerazione quando il legislatore finalmente deciderà di porvi mano e di limitarne la portata, come da più parti suggerito⁸⁸).

Viceversa, l'area per noi di maggior interesse è quella della contrattualità successoria⁸⁹. Nonostante l'atteggiamento dell'ordinamento italiano (ancora oggi di tendenziale chiusura, stante la perdurante vigenza del divieto di patti successori *ex art. 458 c.c.*), sempre più voci in dottrina auspicano a un'introduzione *de iure condendo* di forme di contrattualità successoria, che andrebbero ad aggiungersi al patto di famiglia (che al contempo potrebbe essere perfezionato nella disciplina).

Le ragioni al fondo di quest'idea sono diverse: e qui non vi si potrebbe nemmeno fare cenno. Ad ogni modo, è evidente che un'apertura a ipotesi di 'successione anticipata' consentirebbe di

⁸⁸ Sulla riforma della successione necessaria v. per tutti G. AMADIO, *La riforma della successione necessaria*, in ID., *Lezioni di diritto civile*⁴, Torino, 2020, 343; E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Padova, 2013; di recente, I.L. NOCERA, *Per una rimeditazione quantitativa della legittima. Solidarietà endofamiliare e autonomia nel passaggio generazionale*, Napoli, 2024.

⁸⁹ In generale sui temi della contrattualità successoria v. di recente la voce enciclopedica a firma di G. AMADIO, *Contrattualità successoria*, in *Enc. dir., Il contratto*, Milano, 2021, 486 ss.

evitare almeno in parte le criticità legate alla tutela della volontà testamentaria (o, per meglio dire, della sua genuinità)⁹⁰.

Infatti, anticipando la sua successione il futuro *de cuius* eviterebbe di trovarsi a testare allorché è in là con gli anni: un effetto, questo, che si realizzerebbe nella forma più penetrante se l'anticipazione escludesse ogni possibilità di ripensamento (o consentisse una sorta di recesso solo in casi specifici), giacché in tal caso l'autore del negozio non potrebbe nemmeno sciogliersi dal vincolo contrattuale per disporre per via testamentaria degli stessi beni. Ovviamente, nulla esclude che lo stesso contratto volto all'anticipazione in parola possa essere frutto di una volontà perturbata: ma, per un verso, l'apertura o addirittura l'incentivazione a concludere un simile contratto allorché il futuro *de cuius* non è eccessivamente anziano limiterebbe statisticamente il rischio di perturbazione del volere; per un altro verso, il controllo da parte dei legittimari (ove chiamati a partecipare a tale contratto per dare il loro consenso) renderebbe almeno di fatto più difficili condotte di manipolazione a danno del disponente.

9. *Conclusione: un futuro di maggiore protezione del testatore vulnerabile?*

La trascuratezza del legislatore italiano fa presumere che eventuali interventi di riforma del libro secondo siano, purtroppo, ben lungi dal venire.

L'interprete deve accontentarsi del tessuto normativo oggi vigente ed entro questa trama proporre delle istanze di revisione, scontrandosi al contempo con le resistenze della giurisprudenza. Quest'ultima, a sua volta, appare in ambito successorio, e

⁹⁰ V. S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1007, richiamando l'opinione di R. Kanzleiter; ID., *Il testamento pubblico*, cit., 1796 ss. (anche con una proposta analitica di riforma). Gli spunti versati nei contributi citati sono stati poi ripresi da C. CARICATO, *La solitudine*, cit., 556 ss.

specialmente nell'area dell'invalidità testamentaria, ancora più cauta che altrove: la paura, non espressa ma senz'altro sottesa ai precedenti giurisprudenziali, è che, una volta abbassata la soglia di rilevanza delle ragioni di annullabilità, la diga si rompa e non si riesca in alcun modo a interrompere, o comunque frenare, il flusso delle sentenze di caducazione⁹¹.

Davvero in conclusione, però, va dato atto che qualche anno fa – sul finire del 2022 – un primo precedente ha ammesso che l'orientamento tralattizio in tema di captazione e suggestione non persuade, soprattutto alla luce delle attuali esigenze sociali, esattamente come evidenziato in dottrina⁹².

Tale arresto appare assai importante perché, nel dare atto di questa necessità di rinnovamento, ha citato (praticamente alla lettera) le parole di un contributo della dottrina (che a sua volta in parte richiamava, in un passaggio, un altro saggio di poco precedente)⁹³. In particolare, la sentenza ha affermato di

⁹¹ Andrebbe poi quanto meno menzionato quell'atteggiamento della Corte di cassazione che in ipotesi sempre più frequenti la porta a rigettare i ricorsi perché asseritamente volti a richiedere un nuovo giudizio sul fatto: atteggiamento che, come nota S. PATTI, *Invalidità*, cit., 1063, talvolta «non è del tutto corretto e sembra quasi un modo per decidere rapidamente una delle (troppe) cause che arrivano in piazza Cavour». Di recente v. Cass., 10 febbraio 2025, n. 3379, in *dejure*; Cass., 24 ottobre 2024, n. 27598, in *dejure*; Cass., 11 ottobre 2024, n. 26519, in *dejure*.

⁹² Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424, in *Giur. it.*, 2023, 2601. V. in particolare i commenti di D. IMBRUGLIA, *Affievolimenti della "consapevolezza affettiva" dell'ereditando e captazione, in I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2023, 143 ss.; C. CICERO, *Il testamento*, cit., 2602 ss.; M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 1239 ss.; M. RINALDO, *Sul testamento olografo redatto dalla persona fragile*, in *Riv. not.*, 2023, 1358 ss.; N.A. CIMMINO, *Testamento annullabile se condizionato da affievolimento della "consapevolezza affettiva"*, in *IUS Famiglie online*, 23 gennaio 2023.

⁹³ Il riferimento va a S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., 1000 ss. Ivi l'autore si riferiva a «una tragica diffusione di malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano spesso menomazioni

condividere l'«opinione dottrinale che, criticando il rigore di qualche precedente giurisprudenziale in tema di annullamento del testamento evidenzia il diffondersi di malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano abitualmente menomazioni psichiche e riduzioni di capacità, con conseguenti debolezze decisionali ed affievolimenti della 'consapevolezza affettiva', per cui il disponente può decidere di attribuire i propri beni in modo diverso da come avrebbe fatto in assenza di malattia, sovente subendo, in particolare, l'influenza dei soggetti che lo accudiscono o con cui da ultimo trascorre la maggior parte delle sue giornate».

Orbene, non è dato sapere se davvero questa decisione abbia inaugurato un nuovo corso.

Per un verso, non mancano nella stessa sentenza alcune contraddittorietà: infatti, l'apertura menzionata convive, nelle parole della Corte, con la ripetizione delle solite massime intransigenti in tema di captazione e suggestione⁹⁴.

Per un altro verso, se è vero che nella giurisprudenza successiva i principi fatti propri dal precedente menzionato appaiono essere stati di tanto in tanto condivisi (e, anzi, pure estesi alle ipotesi di

psichiche e forme di capacità «ridotta», di debolezza decisionale e di affievolimento della «consapevolezza affettiva» (espressione già di M. CINQUE, *Il ruolo*, cit., 1035), per cui la persona può decidere di attribuire i propri beni in modo diverso da come avrebbe fatto in assenza di malattia», tanto più che tale persona spesso «risulta più debole rispetto all'influenza esercitata dai soggetti – spesso estranei – che con lei trascorrono molto tempo e la accudiscono».

⁹⁴ Ritiene comunque M. CINQUE, *Testamento*, cit., 1253 ss., che la parte della sentenza ripresa dalla tradizione sia volta solo a ripercorrere lo stato dell'arte (e non a prestare ossequio agli orientamenti più risalenti); viceversa, la parte innovativa, trascritta nel testo, attesterebbe il nuovo e futuro corso della giurisprudenza (reso palese anche da altri passaggi della decisione, in cui si mettono in connessione incapacità naturale, captazione e suggestione e circonvenzione d'incapace).

incapacità naturale)⁹⁵, è anche vero che non pochi arresti successivi sono tornati alla chiusura tipica dell'orientamento più risalente⁹⁶.

Non resta, dunque, che attendere, per verificare come si muoverà la giurisprudenza. Per il momento, però, deve constatarsi che qualcosa si è mosso: e, in un ordinamento in cui il dialogo tra formanti (e soprattutto tra formante dottrinale e giurisprudenziale) è purtroppo raro, appare degno di nota che ciò sia avvenuto proprio grazie all'attenzione (finalmente) rivolta dalla Corte di cassazione alle opinioni della dottrina più recente.

ABSTRACT

Diversi autori hanno mostrato da qualche tempo l'assoluta inadeguatezza degli attuali orientamenti giurisprudenziali in tema di testamento del soggetto fragile. Si è evidenziato come taluni

⁹⁵ V. ad esempio App. Venezia, 18 maggio 2023, n. 1099, in *dejure.*, e Cass., 22 febbraio 2023, n. 5439, cit.: l'una in tema di captazione, l'altra di incapacità naturale (quest'ultima, oltre ad aver riprodotto le precisazioni dell'arresto del 2022, ha affermato che «appare ormai eccessivamente rigoroso il più risalente orientamento giurisprudenziale che considerava necessario per l'annullamento del testamento un assoluto difetto di coscienza del testatore»); entrambe, comunque, aderenti – anche nel merito – all'orientamento estensivo.

⁹⁶ Così Cass., 31 agosto 2023, n. 25521, in *dejure*, in tema di captazione e suggestione, e Cass., 6 febbraio 2023, n. 3523, cit., che, fa invece specifico riferimento alla nullità del testamento in caso di circonvenzione di incapace. In tema di incapacità naturale, di nuovo con condivisione di un orientamento rigoroso (anche se talvolta confermando l'annullamento di una scheda testamentaria, redatta però in condizioni di eclatante incapacità), v. – limitando i riferimenti alla sola giurisprudenza della Suprema Corte – Cass., 11 ottobre 2024, n. 26519, cit.; Cass., 10 novembre 2023, n. 31322, cit.; Cass., 10 novembre 2023, n. 31325, cit.; Cass., 31 ottobre 2023, n. 30332, cit.; Cass., 31 ottobre 2023, n. 30279, cit.; Cass., 31 ottobre 2023, n. 30268, cit.; Cass., 17 novembre 2022, n. 33914, cit.

mutamenti sociali, diffusi in tutti gli ordinamenti, rendano sempre più comune l'ipotesi di testamenti redatti da persone prive in tutto o in parte del possesso delle loro facoltà psichiche, al contempo facilitando l'abuso di questo stato di deficienza da parte di terzi. Mentre altri ordinamenti, però, risultano maggiormente attrezzati a rispondere a questo nuovo problema sociale (e, comunque, hanno predisposto o stanno predisponendo strumenti per reagirvi), il sistema giuridico italiano appare allo stato, soprattutto in virtù di un'interpretazione giurisprudenziale assai restrittiva di diversi istituti e di una palese inerzia legislativa, sordo alle istanze che provengono dalla realtà sociale.

Il contributo, dopo aver riferito degli orientamenti giurisprudenziali cui si è fatto cenno, li critica tanto per la loro intrinseca contraddittorietà, quanto per la loro inidoneità a far fronte alle – purtroppo sempre più comuni – situazioni di ‘vulnerabilità testamentaria’. Di qui, il saggio passa a formulare alcune proposte di revisione interpretativa del sistema normativo vigente, nonché altre proposte di riforma legislativa. In conclusione è dato conto di alcuni recenti arresti che, sebbene ancora isolati, sembrano aver aperto una breccia nella granitica giurisprudenza di merito e di legittimità, ammettendo la necessità di migliorare il livello di tutela del testatore fragile.

It has been demonstrated by several authors that the current Italian case-law on the ‘testamentary vulnerability’ is wholly inadequate. It has been shown how certain social changes, which are widespread in all legal systems, make it increasingly common for wills to be drafted by persons deprived in whole or in part of possession of their psychic faculties, at the same time facilitating the abuse of this state of deficiency by third parties. While other legal systems are better equipped to respond in an effective way to this new social issue, particularly through the establishment of new instruments to address it, the Italian legal system appears to be deaf

to the requests coming from the social reality. This is primarily due to a very restrictive jurisprudential interpretation of various doctrines and a blatant legislative inertia.

The paper, after referring to the aforementioned jurisprudential opinions, criticises them, not only for their inherent contradictions but also for their inaptitude in addressing the – unfortunately increasingly common – situations of ‘testamentary vulnerability’. Hence, the essay advances several proposals for an interpretative revision of the regulatory framework, as well as other proposals for legislative reform. Finally, the paper discusses some recent legal cases that, although still few in number, seem to have created a fissure in the solid case-law of Tribunals and Courts, highlighting the need to enhance the level of protection of the vulnerable testator.

PAROLE CHIAVE

Testamento – vulnerabilità – capacità

Will – vulnerability – capacity

ANDREA MARIA GAROFALO
andreamaria.garofalo@unitn.it

Usura e stato di necessità in una costituzione di Teodosio I: note a margine di CTh. 2.33.2

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. CTh. 2.33.2: brevi note di riflessione – 3. Pratica feneratizia e influenza dell'etica cristiana: l'emblematica testimonianza del *De Tobia* di Ambrogio – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Nella legislazione imperiale feneratizia dell'ultimo scorcio del IV secolo d.C. è possibile scorgere elementi significativi del messaggio cristiano, che, ribaltando la tradizionale scala di valori, considera la solidarietà con i poveri, i fragili e i sofferenti il nucleo essenziale della fede in Gesù di Nazareth. Con la diffusione della *nova religio* si assiste, pertanto, a un graduale cambiamento di prospettiva nella 'logica' sottesa alle relazioni tra gli esseri umani, che trova un riflesso anche nella disciplina della pratica feneratizia. Alla logica dell'*interesse*, che generalmente regola ogni patto di natura economica, si contrappone quella cristiana del *dis-interesse*; all'obiettivo del guadagno, basato sul calcolo rigorosamente aritmetico del denaro, che fonda ogni transazione economica e da cui non si può prescindere anche nel caso di un prestito a interesse richiesto da soggetti in grave stato di bisogno, si contrappongono gli ideali della gratuità e dell'oblatività, posti dal cristianesimo a fondamento di una nuova forma di condivisione autentica e fine a sé stessa, che nulla attende in cambio.

Ebbene, la forza e il fascino di una proposta di fede del tutto nuova producono il radicamento di tali tensioni, con tutto il potenziale innovativo ad esse connesso, nel cuore della società tardoimperiale, fortemente stratificata e caratterizzata dalla netta contrapposizione tra ricchi e poveri, che rende sempre più acuta la crisi economica e più profonde le ingiustizie e le discriminazioni di ogni tipo. In tale difficile contesto, quindi, la rivoluzione valoriale del cristianesimo, contribuisce all'affermazione di un nuovo sentimento di solidarietà e innesca dinamiche che si riverberano, in modo imprevedibile, in ambiti diversificati, inducendo modificazioni sorprendenti sia sul piano della sensibilità etica sia su quello dell'azione legislativa, che recepisce e riflette i mutamenti in atto nel tessuto sociale¹.

¹ Entrano gradualmente raggi di luce nel cono d'ombra che, per secoli, ha impedito la percezione della miseria di tanti esseri umani, trascurati o ignorati dal legislatore, e va delineandosi il convincimento che il dovere precipuo delle istituzioni è occuparsi di loro e attivarsi per rialzarne le sorti: in generale, sul tema della povertà nel tardoantico cfr. E. PATLAGEAN, *Pauvreté économique et pauvreté sociale à Byzance 4^e-7^e siècles*, Paris, 1977, trad. it. *Povertà ed emarginazione a Bisanzio IV-VII secolo*, Roma-Bari, 1986; V. NERI, *I marginali nell'occidente tardoantico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari, 1998; P. BROWN, *Poverty and Leadership in the Later Roman Empire*, Hanover-London, 2002, trad. it. *Povertà e leadership nel tardo impero romano*, Roma-Bari, 2003 (che cito); C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica (IV-V sec. d.C.)*, Napoli, 2006; *Poverty in the Roman World*, ed. by M. Atkins and R. Osborne, New York, 2006; J.-P. DEVROEY, *Puissants et misérables. Système social et monde paysan dans l'Europe des Francs (VI^e-IX^e siècles)*, Bruxelles, 2006; P. ALLEN, B. NEIL, W. MAYER, *Preaching Poverty in Late Antiquity. Perceptions and Realities*, Leipzig, 2009; per l'epoca medievale, oltre all'importante e sempre valido contributo di M. MOLLAT, *Les pauvres au Moyen Âge. Étude sociale*, Paris, 1978, trad. it. *I poveri nel Medioevo*, Roma-Bari, 2001, v. ora G. ALBINI, *Poveri e povertà nel Medioevo*, Roma, 2016; *Alle origini del welfare. Radici medievali e moderne della cultura europea dell'assistenza*, a cura di G. Piccinni, Roma, 2020 (con ult. bibl). Sulla questione, di problematica definizione, della soglia della povertà a Roma cfr. J.-M. CARRIÉ, *Nihil habens praeter quod ipso die vestiebatu. Comment définir le seul de pauvreté à Rome?*, in *Consuetudinis amor. Fragments d'histoire romaine (II^e VI^e siècles)*

Per quanto concerne, nella fattispecie, la tematica dell'usura nella sua relazione con la 'fragilità' dei *pauperes* e con la peculiare condizione di 'vulnerabilità' dei soggetti costretti a ricorrere al prestito a interesse, è facile comprendere i motivi della radicale condanna contenuta nelle Scritture e il forte controllo su di essa esercitato, nel IV secolo, dalla legislazione imperiale, influenzata dalla nuova sensibilità dell'etica cristiana².

Difatti, in una realtà sociale profondamente asimmetrica, come quella tardoantica, in cui sempre più drammatica si presenta la

offers à J.-P. Callu, éd. par F. Chausson et E. Wolff, Roma, 2003, 71 ss. Sul tema della povertà nel mondo greco e romano cfr. il recente volume *Poverty in Ancient Greece and Rome. Realities and Discourses*, ed. by F. Carlà-Uhink, L. Cecchet and C. Machado, London-New York, 2023, *praecipue* 209 ss. per i contributi relativi alla tarda antichità.

² Sull'usura in diritto romano la letteratura è cospicua; pertanto, mi limito a segnalare i lavori più recenti, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici: F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006; ID., *Crediti in natura, operazioni finanziarie garantite da derrate e attività bancaria nel mondo romano tra I e VI sec.*, in *TSDP*, 11, 2018, 1 ss.; ID., *Profili giuridici del mutuo di derrate*, in *TSDP*, 12, 2019, 1 ss.; A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012; A. ARNESE, 'Usura' e 'modus'. *Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari, 2013, il quale, prendendo le mosse dalla descrizione delle origini culturali, letterarie e filosofiche della diffusa riprovazione verso il fenomeno feneratizio, si sofferma con particolare attenzione sui risvolti sociali del sovraindebitamento, una piaga che colpiva in particolare i soggetti più poveri della società; R. CARDILLI, *Usura in fructu non est*, in *D@S*, 16, 2018 (il contributo è consultabile on line sul sito della rivista). Per una rassegna bibliografica sull'usura in diritto romano rinvio a F. VALLOCCHIA, *Rassegna bibliografica sulle usure*, in *Un Manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle "usurae" in diritto romano*, a cura di F. Vallocchia, Napoli, 2016, XXIX ss. Per un primo inquadramento dell'argomento sempre utile è la lettura di G. CERVENCA, voce *Usura (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1125 ss.; per un'efficace ricostruzione dei più antichi divieti usurari v. L. SOLIDORO, *Ultra sortis summam usurae non exiguntur*, in *Labeo*, 28, 1982, 164 ss.; EAD., *Datazione e caratteri dei più antichi divieti usurari*, in L. SOLIDORO, *Problemi di storia sociale nell'elaborazione giuridica romana. Appunti dalle lezioni*², Napoli, 1996, 15 ss.

divaricazione tra ricchi e poveri, fanno ricorso al prestito a interesse soprattutto gli elementi più deboli della popolazione, molto spesso per motivi di vera e propria sopravvivenza. Di conseguenza, il povero, che cade nel baratro dell'indebitamento, è destinato ad essere drammaticamente sempre più povero, non potendo restituire il debito originariamente contratto, il quale diventa più oneroso in seguito all'aggiunta degli interessi maturati, mentre il ricco vede aumentare il suo patrimonio proprio a spese del povero, stritolato da un meccanismo perverso da cui è praticamente impossibile evadere.

In situazioni di questo tipo, che sono le più comuni in età tardoantica, il prestito a interesse si configura come un mero 'prestito per il consumo', il quale, facendo leva sulle condizioni di assoluta dipendenza economica di un'ampia fascia della popolazione, finisce con incrementarne la miseria, rendendo sempre più profondo il divario tra chi ha ricchezza e potere e chi non ha nulla e, purtroppo, nulla può fare per modificare il suo stato³.

2. *CTh. 2.33.2: brevi note di riflessione*

Nell'ambito della disciplina inerente all'usura in età tardoantica riveste particolare rilievo una costituzione dell'imperatore Teodosio I, raccolta nel Codice Teodosiano sotto il titolo 2.33, rubricato *De usuris*⁴.

³ Senza estremizzare questa 'bipolarizzazione' della società tardoantica, il cui assetto è molto più complesso e articolato, come ha prudentemente posto in rilievo P. BROWN, *Povertà*, cit., 70. Sul punto cfr. più ampiamente *infra*, nt. 28.

⁴ Nel titolo *De usuris* del Codice Teodosiano sono raccolte 4 costituzioni: la prima, CTh. 2.33.1, è di Costantino; la seconda, CTh. 2.33.2, è di Teodosio I ed è l'oggetto precipuo di questo contributo; le ultime due, CTh. 2.33.3 e 2.33.4, sono di Arcadio. La costituzione che apre il titolo *De usuris* è *proposita* da Costantino a Cesarea il 17 aprile del 325; nella legge si disciplinano gli 'interessi

in natura', fissandone il limite massimo nella misura del 50%. Viene stabilito che il creditore che non si accontenti di questo tasso massimo perderà anche il capitale prestato. Nella conclusione della norma si ribadisce il tasso della *centesima* per prestiti in denaro: cfr. C.Th. 2.33.1 [= Brev. 2.33.1] IMP. CONSTANTINUS A. AD DRACILIANUM AGENTEM VICES PRAEFECTORUM PRAETORIO. *Quicumque fruges humidas vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modum amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* PROPOSITA CAESAREA XV. KAL. MAI., PAULINO ET IULIANO CONSS. Interpretatio. *Quicumque fruges humidas, id est vinum et oleum, vel quodcumque annonae genus alteri commodaverit, non plus ab eo propter usuram quam tertiam partem accipiat, id est ut supra duos modios, qui accepit, tertium reddat. quod si conventus fuerit ille, qui commodat, et pro maiore usura noluerit debitum suum, adiuncto tertio modio, a debitore recipere, etiam debitum perdat. quam rem ad solas fruges praecipimus pertinere. nam quando pecunia fuerit commodata, nisi unam tantum centesimam a creditoribus exigi non iubemus.* Secondo una parte della storiografia la norma costantiniana, regolatrice degli interessi in natura, sarebbe stata emanata sotto l'influsso dell'etica cristiana, per due motivi: sia perché Costantino, primo imperatore cristiano, avrebbe limitato codesti interessi, sia sulla base di un argomento letterale, cioè il ricorrere del termine *indigentibus* nel testo della legge, con evidente allusione ai poveri e bisognosi. Quest'opinione, tuttavia, non è condivisa da altri studiosi, i quali ritengono che il termine *indigentibus* potrebbe non avere qui il significato di 'poveri', che si vorrebbe attribuire riconducendolo alla predilizione cristiana verso i miseri, ma andrebbe inteso in riferimento a 'coloro che hanno bisogno di qualche cosa', considerato che nella letteratura cristiana i termini *indigens* e *indigere* non necessariamente vengono usati nel senso di povero o miserevole, ma anche in quello, più generico, di 'mancante di qualcosa'. I sostenitori di questa seconda tesi, che nega l'influenza cristiana sul provvedimento costantiniano, sottolineano altresì che tutti i pensatori cristiani, da Clemente a Cipriano, che scrivono sull'argomento creditizio, condannando la pratica feneratizia, in data anteriore al 325, non fanno cenno a interessi in natura, ma solo a quelli in denaro. Sul punto cfr. L. SOLIDORO, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index*, 25, 1997, 558-559, la quale, pur ritenendo forse eccessivo parlare di un provvedimento di ispirazione cristiana, osserva giustamente che «L'atteggiamento di Costantino appare [...] profondamente innovativo [...] rispetto agli orientamenti tradizionali: privilegiando la tutela dei bisognosi

rispetto alle pur apprezzabili ragioni dei creditori che compivano operazioni a rischio, l'Imperatore sembra rendersi portavoce di quella diffusa corrente di opinione – dalla Chiesa quanto meno amplificata – che reclamava interventi garantisti nei confronti dei ceti sociali più umili» (p. 559). Le ultime due costituzioni del titolo *De usuris*, CTh. 2.33.3 e 2.33.4, emanate da Arcadio, rispettivamente a Costantinopoli il 23 novembre del 397 e a Nicea il 12 giugno del 405, riguardano il prestito feneratizio esercitato da senatori o da persone aventi comunque dignità senatoria. Da esse emerge l'esistenza per i senatori di un divieto di praticare l'usura databile intorno al 390. I due provvedimenti di Arcadio intervengono in tale direzione: CTh. 2.33.3 dichiara che qualora i mutuantî siano minori, anche se di rango senatorio (*dignitate senatoria*), possono percepire gli interessi e CTh. 2.33.4 consente ai senatori il prestito a usura, pur se con un tasso pari alla metà della *centesima* (cioè corrispondente al 6% all'anno). Cfr. CTh. 2.33.3 [=Brev. 2.33.3] IMPP. ARCADIUS ET HONORIUS AA. EUTYCHIANO PRAEFECTO PRAETORIO. *Frustra debitores in annis minoribus constitutorum usuras se restituere non debere contendunt, quia senatoria eos dignitate praeditos esse testantur. Unde sortem cum usuris in stipulationem deductis restituant.* DAT. VIII KAL. DEC. CONSTANTINOPOLI CAESARIO ET ATTICO CONSS. Interpretatio. *Sine causa senatoribus in annis minoribus constitutis debitum cum usuris reddere dissimulant debitores propter hoc, quod senatorio genere nati debitum cum usuris integris recipere non inebentur: et ideo, quod cautione per stipulationem promissum est, reformatur.* Cfr. CTh. 2.33.4 [= Brev. 2.33.4] IMPPP. ARCADIUS, HONORIUS ET THEODOSIUS AAA. OPTATO PRAEFECTO URBI. *Senatores sub medietate centesimae usurae ad contractum creditae pecuniae censemur admitti. Itaque omnes intellegant nullum florentissimo coetui sociatum fenus exercentem ultra medietatem centesimae vel iure stipulari vel petere posse usuram: quin etiam, si quid praeter moderatam nostri numinis definitionem fuerit flagitatum, inminuendae sorti pro huius legis auctoritate cessurum.* DAT. PRID. ID. IUN. NICIAE STILICHONE II ET ANTHEMIO CONSS. Interpretatio. *Senatores, qui pecuniam ad centesimam praestare voluerint, non amplius usurae nomine quam medietatem legitimae centesimae a debitoribus suis accipiant, nec amplius ut caveant aut se cautione constringant, qui commodatam suscipiunt pecuniam, forte cogantur. Nam si ab eis amplius fuerit requisitum, sciant se senatores hoc quod commodaverint perdituros.* Sulle 4 costituzioni contenute nel titolo *De usuris* del Codice Teodosiano cfr. L. SOLIDORO, *Sulla disciplina*, cit., 555 ss. In particolare, su CTh. 2.33.3 cfr. P. GARBARINO, *Senatores in annis minoribus constituti e usurae. Contributo all'esegesi di CTh. 2,33,3*, in *BIDR*, 91, 1988, 337 ss.; su CTh. 2.33.1-2 cfr. da ultima P. BIANCHI, *La ricchezza e la povertà. Imperatori e Padri della Chiesa tra il IV e il VI sec. d.C.*, Napoli, 2025, 41 ss.

La *lex*, riportata in CTh. 2.33.2, risulta emanata a Costantinopoli il 25 ottobre del 386 d.C. ed è indirizzata da Teodosio al prefetto del pretorio d'Oriente Cinegio⁵.

Leggiamo il testo della *constitutio*:

CTh. 2.33.2: IMPPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. CYNEGIO PRAEFECTO PRAETORIO. *Quicumque ultra centesimam iure permissam aliquid sub occasione necessitatis eruerit, quadrupli poenae obligatione constrictus sine cessatione, sine requie protinus ablata redhibebit. Hi vero, qui antea pari furore grassati uspiam detegentur in duplum extorta restituant.* DAT. VIII KAL. NOV. CONSTANTINOPOLI HONORIO NB. P. ET EVODIO V. C. CONSS⁶.

Il provvedimento stabilisce che chiunque abbia estorto a coloro che si trovano in stato di necessità (*Quicumque [...] aliquid sub occasione necessitatis eruerit*) interessi superiori al tasso della *centesima* legalmente consentito⁷ sarà condannato senza indugio alla pena del

⁵ Su Cinegio, prefetto del pretorio d'Oriente dal 384 al 388 d.C., cfr. PLRE, I, *Maternus Cynegius* 3, 235-236.

⁶ Di CTh. 2.33.2 possediamo l'*Interpretatio* visigota: Brev. 2.33.2 *Si quis plus quam legitima centesima continet, hoc est tres siliquas in anno per solidum, amplius a debitore sub occasione necessitatis accipere vel auferre praesumpserit, post datam legem sine ulla dilatione ea, quae amplius accepit, constrictus quadrupli poena restituat. Ea vero, quae ante legem tali ratione data sunt, in duplum volumus reformari.* Si ribadisce che coloro i quali abbiano percepito interessi oltre il 12% annuo, approfittando dello stato di necessità del debitore, dovranno restituire, a titolo di pena, una somma pari al quadruplo di ciò che hanno illecitamente estorto, mentre coloro che si trovino in tale situazione già all'atto dell'entrata in vigore della legge restituiranno solo il doppio.

⁷ La cd. *centesima*, da cui l'espressione *usurae centesimae*, è l'interesse pari all'1% al mese (cioè la centesima parte del capitale al mese), corrispondente al 12% all'anno; dopo la riforma monetaria di Costantino la *centesima* sarà pari al 12,5% annuo. Si ricordi che tale tasso rimarrà sostanzialmente invariato fino al VI sec. d.C., ad eccezione di alcune specifiche tipologie di prestiti (ad es., mutuo in natura e prestito marittimo) per le quali erano previsti differenti tassi di interesse.

quadruplo (*quadrupli poenae obligatione constrictus sine cessatione*) e restituirà subito il maltolto (*sine requie protinus ablata redhibebit*)⁸.

Nella conclusione della norma, il legislatore precisa che i creditori riconosciuti colpevoli di aver agito con uguale follia (*pari furore grassati* [...] *detegentur*), cioè avanzando la richiesta di interessi illeciti in qualsivoglia transazione conclusa precedentemente

Sarà Giustiniano nel 528 d.C. a ridurre drasticamente il tasso massimo degli interessi, sostituendo la *centesima* con la cd. *dimidia centesima*, pari al 6%: in sostanza, nel VI secolo si arriverà a dimezzare la misura massima degli interessi percepibili. Cfr. C. 4.32.26.1 (a. 528), ove Giustiniano significativamente parla di *duram et gravissimam molem* in riferimento al precedente tasso massimo degli interessi: C. 4.32.26.1 IMP. IUSTINIANUS A. MENAE PP. *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes*. D. ID. DEC. CONSTANTINOPOLI IUSTINIANO PP A. II CONS. Sul provvedimento di Giustiniano cfr. ampiamente F. FASOLINO, *Studi*, cit., 153 ss. Per la disciplina del prestito a interesse in età giustinianea cfr. M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustinianea*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, 389 ss., ora in M. BIANCHINI, *Tem e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2008, 123 ss.; S. TAFARO, *Cl. 7.47.1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore*, in *L'usura ieri ed oggi. Atti del Convegno (Foggia 7-8 aprile 1995)*, a cura di S. Tafaro, Bari, 1997, 225 ss.; più di recente G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustinianea*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 3 (*Special Issue*), 2016, 1 ss. Sul prestito marittimo (*fenus nauticum*) e sui profili di specialità che caratterizzavano la relativa disciplina cfr. di recente I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011; ID., *Aspetti giuridici delle attività delle imprese di navigazione: il fenus nauticum*, in *Studi Urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 68 (N.S. 72), 2021, 181 ss., ove l'a. pone in rilievo il particolare regime previsto per il prestito marittimo, nel quale l'assunzione del *periculum quod ex navigatione maris metui solet* da parte del creditore giustificava la possibilità di percepire un *fenus maius legitima usura*. Per i mutui in natura Costantino fissò il limite massimo nel 50%: cfr. C.Th. 2.33.1, su cui v. *supra*, nt. 4.

⁸ La pena del quadruplo è una sanzione rigorosa, ma pur sempre di carattere privato, e non criminale, come si deduce dalle parole del testo: *quadrupli poenae obligatione constrictus*. Al riguardo, P. GARBARINO, *Senatores*, cit., 345 nt. 28, ricorda che «tale carattere privatistico della sanzione, lasciando in pratica l'iniziativa alla parte debole del rapporto, ne scemava in maniera rilevante l'efficacia dissuasiva».

all'emanazione della legge, saranno tenuti a restituire il doppio di quanto abbiano indebitamente riscosso (*in duplum extorta restituant*).

La lettura del testo suscita diverse considerazioni. In primo luogo, va osservato che la costituzione di Teodosio segna una chiara svolta nelle modalità di approccio alla diffusa ed esecrabile pratica dell'usura, rappresentando un momento essenziale nel processo che conduce da un atteggiamento che potremmo definire di *favor creditoris* a quello che, invece, può essere detto di *favor debitoris*, in quanto centrato sulla tutela delle infauste sorti del debitore, individuato come l'anello debole nella catena delle relazioni poste in essere dal patto feneratizio. Nel provvedimento, infatti, il legislatore pone esplicitamente in correlazione la pratica feneratizia con la condizione di indigenza di coloro che vivono in uno stato di necessità, del quale si approfitta il creditore: ciò risulta chiaramente espresso dalle parole *Quicumque [...] aliquid sub occasione necessitatis eruerit*⁹.

In secondo luogo, va sottolineato che la disposizione teodosiana, prevedendo la comminazione della *poena quadrupli*, configura il pagamento degli interessi superiori al tasso-soglia

⁹ Sebbene nel provvedimento non ci sia alcun riferimento esplicito al requisito della conoscenza, da parte del mutuante, dello stato di necessità del mutuatario, è significativo, a mio avviso, l'uso del verbo *eruere*, nel senso di 'estorcere', 'ottenere con la forza'. Nell'ipotesi contemplata dalla norma, il verbo *eruo* è correlato alle parole *sub occasione necessitatis* e lascia intuire che il creditore-usuraio fosse a conoscenza del particolare stato di disagio economico del debitore, stato di cui egli volutamente si approfitta per 'estorcere' interessi oltre misura. Al riguardo, tuttavia, va precisato che purtroppo non abbiamo notizie in merito agli eventuali problemi interpretativi posti dall'applicazione della norma teodosiana; resta dubbio, ad esempio, nel silenzio delle fonti, se il mutuatario avesse solo l'onere di provare la sua precaria condizione economica o incombesse su di lui anche la prova del dolo del creditore.

consentito (*centesima iure permissa*) «sotto il profilo penalistico, anche se non ancora sotto il profilo del *crimen*»¹⁰.

A tal proposito, si ricordi che già Diocleziano aveva stabilito l'infamia per coloro che esercitassero un *improbum fenus*, cioè un'attività di prestito illegale, percependo più del consentito 12% annuo, o praticassero illecitamente l'anatocismo, come si legge in C. 2.11.20 (a. 290 d.C.)¹¹:

¹⁰ Così E. BIANCHI, *In tema di usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo*, II, in *Athenaeum*, 62, 1984, 147, il quale ha efficacemente evidenziato che il carattere sanzionatorio della norma indica una tendenza che culminerà poi, in epoca medievale, nella configurazione della percezione di interessi illeciti *sub specie delicti*, scendendo il culmine di un percorso che, nella valutazione della pratica feneratizia, va dalla sua implicita legittimazione, alla considerazione di essa come colpa deprecabile, in quanto moralmente spregevole, per giungere, infine, in età medievale, alla sua esplicita condanna penale come reato. Si ricordi che nel nostro ordinamento il reato di usura è disciplinato dall'art. 644 cod. pen., che recita, al comma 1: Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000. Al comma 2 si legge: Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario. Va rilevato che, in seguito alle modifiche apportate all'art. 644 cod. pen. dalla L. 108/1996 (Legge antiusura), non è più richiesto per configurare il reato di usura l'approfitto dello stato di bisogno; infatti, a seguito della cd. oggettivazione del delitto di usura, la mera pattuizione di interessi che superano il tasso limite consentito consuma il reato. Lo stato di bisogno ora figura, ex art. 644 cod. pen. comma 5, n. 3, tra le circostanze aggravanti specifiche e ad effetto speciale del reato di usura, che prevedono un aumento della pena da un terzo alla metà.

¹¹ Come è noto, il termine 'anatocismo', di derivazione greca, non è presente nel linguaggio giuridico romano, che utilizza la locuzione *usurae usurarum* per indicare il computo di nuovi interessi sugli interessi scaduti a carico del debitore. Al riguardo, cfr. A. MURILLO VILLAR, *Anatocismo, Historia de una prohibición*, in *AHDE*, 69, 1999, 497, ove l'a. afferma: «La historia jurídica del anatocismo desde Roma hasta hoy es un intento constante de prohibición sin solución de

C. 2.11.20: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. FORTUNATO. *Improbum fenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula inroganda est.* PP. XVI K. MART. IPSIS IIII ET III AA. CONSS.

Tuttavia, la *poena quadrupli* prevista da Teodosio costituisce, senza alcun dubbio, una sanzione molto più severa e di una durezza insolita nella legislazione imperiale, sia anteriore sia successiva, che sembra trovare un precedente solo nell'antica legge decemvirale, a cui allude Catone nel *de re rustica* (*praef.* 1), laddove significativamente afferma che gli antenati, giudicando l'usuraio un cittadino peggiore del ladro, avevano stabilito 'nelle leggi' (*in legibus*) di condannare il ladro al doppio, l'usuraio al quadruplo: *Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli; quanto peiorem civem existimarent feneratorem quam furem, hinc licet existimare*¹².

continuidada». Cfr. anche C. VITTORIA, *Le usurae usurarum convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, in *Labeo*, 49, 2003, 322 ss.; F. FASOLINO, *L'anatocismo nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, 72, 2006, 415 ss., ora in F. FASOLINO, *Studi*, cit., 13 ss. Cfr. anche C. 4.2.8 (a. 293 d.C.) IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. PROCULO. *Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spondidisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas.* S. XVII K. IAN. AA. CONSS. Su questa costituzione cfr. S. TAFARO, *La limitazione dei debiti*, in *D@S*, 6, 2007 (il contributo è consultabile on line sul sito della rivista).

¹² Già J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lipsiae, 1736, I, 273, a proposito della pena del quadruplo e del limite massimo della *centesima*, rileva: *Quae sane poena, pariter, ut centesimae modus, foeneratoribus maius legitimo foenus exercentibus, antiquo iure proposita fuit: et quidem iure in XII. Tabulis relato: de quo est vulgatus iam Catonis locus prooemio librorum de re rustica.* A proposito del passo di Catone, cfr. R. CARDILLI, *Indebitamento degli antichi e indebitamento dei moderni. Per un superamento delle prospettive giuridiche contemporanee di gestione del debito*

estero dei paesi in via di sviluppo, in *D@S*, 15, 2017, 6-7, il quale efficacemente sottolinea che la testimonianza catoniana «è la prova di una considerazione del *faenerator* quale peggiore cittadino del ladro [...] L'accostamento – ideologicamente significativo – che Catone fa tra il *fur* ed il *faenerator*, orientato a stigmatizzare la posizione del secondo, è fondato sul confronto tra la pena della *duplio* applicata al *fur nec manifestum* (tab. VIII.16) e quella del quadruplo applicata al *faenerator*. Un tale accostamento è concretamente individuabile nella tradizione legislativa arcaica soltanto nel *corpus* delle XII Tavole. Una tradizione così radicata nella cultura romana trova conforto nella rigorosa concezione giuridica dell'*usura pecuniae* come realtà convenzionale ed artificiale, e non quale naturale reddito ('frutto' civile) dell'uso del denaro che altri ne faccia, come nella concezione contemporanea». La pessima considerazione della figura dell'usuraio e l'aspra condanna del fenomeno feneratizio si riscontra in numerose fonti; Aristotele, ad esempio, menziona espressamente lenoni e usurai tra coloro che si danno a mestieri indecorosi e sono accomunati dalla 'turpitudine del guadagno': cfr. Arist. *Eth. Nic.* 1121 B-1122 A. Cfr. anche Plat. *leg.* V 742 C, ove si afferma che nessuno può dare denaro in prestito a interesse, e *leg.* V 743 D, ove si legge che nello stato non devono esserci speculazioni finanziarie realizzate per vile mestiere e con l'usura. Per Plauto (*Curcul.* 509) lenoni e usurai sono la rovina degli uomini. Significativa poi la testimonianza di Tacito, che definisce l'usura un flagello (*fenebre malum*), un'antica piaga diffusa nell'*Urbs*, causa frequentissima di discordie e conflitti: Tac. *ann.* 6.16.1-2: *Sane vetus Urbi fenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa, eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur; de in rogatione tribunicia ad semiuncias redactum; postremo vetita versura. Multisque plebi scitis obviam itum fraudibus, quae, totiens repressae, miras per artes rursus oriebantur.* Come acutamente rileva R. CARDILLI, *Indebitamento*, cit., 1, «in Tacito non emerge alcun tentennamento giuridico-morale nel qualificare il fenomeno in termini di *malum* (da contrapporre al *bonum*, elemento essenziale del giuridico nella prospettiva romana secondo i giuristi Celso e Ulpiano, e confermato dall'imperatore romano Giustiniano all'inizio dei Digesta; D. 1.1.1 pr.)». Sul passo di Catone cfr. L. SOLIDORO, *Tassi usurari e giurisdizione*, in *D@S*, 7, 2008, § 3 (contributo consultabile on line sul sito della rivista); più di recente G. GILIBERTI, *La foeneratio tra realtà e metafora*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 4, 2017, 1 ss.; L. PARENTI, *Il regime degli interessi*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, II, a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, 655 ss.; F. BOTTA, *Appunti sulla repressione penale delle usure*, in *Iura & Legal Systems*, 8, 2021, 100, il quale ricorda espressamente che gli editori dei *FIRA* (I, 61) richiamano

Non si può escludere che Teodosio, nello stabilire la *poena quadrupli*, si sia ispirato alle parole del pubblicano Zaccheo, riportate da Luca (19.8): [...] *si quid aliquem defraudavi, reddo quadruplum*¹³.

due passi «A possibile conforto e testimonianza dell'esistenza di una disposizione sui *fenera* presente nelle XII tavole (8.18): uno di Catone (*de agr. col. prae*f.) e uno di Tacito (*ann.* 6.16.2). Sul passo di Tacito cfr. R. CARDILLI, *Leges fenebres, ius civile ed indebitamento della plebe: a proposito di Tac. Ann. 6.16.1-2*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano, 2009, 377 ss.; P. CAPONE, 'Unciaria lex', Napoli, 2012, 25 ss. Cfr. anche Cicerone, il quale, nell'orazione in *Q. Caecilius* (7.24), precisa che con il termine *quadruplatores* si indicavano coloro che avessero conseguito la quarta parte del patrimonio del reo a seguito della condanna, intervenuta in base alla loro accusa, per aver praticato l'usura a un tasso superiore a quello consentito dalla legge: *Alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores, qui convicti quadrupli damnari soleant, ut aleae aut pecuniae gravioribus usuris fenerate*. V. pure Ps. Asc. *ad Cic. in div.* 7.24.

¹³ Accolgo qui una convincente suggestione di E. BIANCHI, *In tema di usura*, II, cit., 147. Sul passo del Vangelo di Luca 19.1-10 e sulla figura di Zaccheo cfr. da ultimo F. VALLOCCHIA, *Zaccheo, capo dei pubblicani di Gerico, e la pena romana del quadruplo (contro gli usurai)*, in *D@S*, 15, 2017, il quale opportunamente si interroga su quale fosse la base normativa della pena del quadruplo che Zaccheo menziona e infligge a sé stesso; lo studioso indica tre possibilità: la legge delle XII Tavole, l'editto provinciale, la *lex* (censoria), cioè il capitolato d'appalto per la riscossione delle imposte. Al riguardo, l'a. osserva: «Quanto avrebbe potuto conoscere delle XII Tavole un pubblicano della Giudea sotto l'impero di Tiberio? Non credo molto [...]. E quanto, invece, avrebbe potuto conoscere dell'editto e del "capitolato"? Ovviamente, a ragione del suo lavoro, molto» e avanza un'ipotesi non peregrina: «nella Giudea, intorno al 30 d.C., nell'editto e nelle norme disciplinanti la riscossione delle imposte, era stabilita la pena del quadruplo per gli usurai e probabilmente per i pubblicani che avessero illecitamente esatto somme di denaro o, in qualche modo, frodato la "stazione appaltante". [...] Dalle parole di Zaccheo a me sembra evidente che l'antica pena comminata agli usurai aveva varcato e continuava a varcare non tanto il pomerio di una città, quale Roma, quanto piuttosto i limiti del diritto civile dei romani, entro i quali era nata circa cinquecento anni prima. Insomma, la gravosa pena del quadruplo inseguiva gli usurai dovunque si trovassero» (§ 7).

Un particolare rilievo, nell'economia della *lex*, va dato alle parole *Quicumque [...] sub occasione necessitatis eruerit*, epicentro concettuale del testo, parole che pongono l'accento sullo stato di estremo bisogno di cui si approfitta l'usuraio ed evidenziano, nel legislatore, l'intenzione di favorire e tutelare coloro che, a causa delle proprie condizioni di grave indigenza, si vedono estorcere interessi altissimi, ben oltre il tasso massimo della *centesima*.

Al riguardo, Laura Solidoro ha acutamente sottolineato che «sotto il profilo tecnico, lo stato di necessità del mutuatario opera una vera e propria modifica della struttura tradizionale della fattispecie, introducendo un nuovo elemento caratterizzante l'illecito, accanto al preesistente requisito oggettivo, costituito dalla determinazione di interessi in misura eccedente la *centesima*. Ne consegue che [...] l'ambito repressivo della norma risulta ulteriormente circoscritto all'ipotesi che il mutuante abbia approfittato della *occasio necessitatis* in cui versava il richiedente del prestito»¹⁴.

Lo 'stato di necessità' configura un'evidente condizione di vulnerabilità del soggetto mutuatario, costretto non solo a contrarre il debito, a causa della sua precaria situazione economica, ma anche ad accettare la corresponsione di interessi elevatissimi. In sostanza, nell'ipotesi prevista dalla norma teodosiana si prospetta un 'abuso' da parte del creditore della posizione di 'vulnerabilità' del debitore, la cui volontà non si forma liberamente, ma risulta condizionata dallo stato di bisogno in cui versa, stato che ne influenza la capacità di autodeterminazione e lo induce ad assumere l'impegno di restituire interessi usurari, ben oltre il tetto massimo consentito dalla legge¹⁵. Dunque, nella *lex* di Teodosio per la prima

¹⁴ L. SOLIDORO, *Sulla disciplina*, cit., 568.

¹⁵ La questione dei vizi della volontà in ambito contrattuale è nuovamente al centro dell'odierno dibattito giurisprudenziale e dottrinale; cfr., da ultimo, E. CILIBERTI, *Il volere nelle fragilità. Cronaca del Convegno (9 aprile 2024, Salerno)*, in

volta la correlazione tra pratica feneratizia e stato di necessità del debitore non solo viene espressamente presa in considerazione, ma è ritenuta a tal punto rilevante da spingere il legislatore a prevedere la comminazione di una severa sanzione penale per il creditore-usuraio, il quale abbia indebitamente estorto interessi oltre la misura legale, approfittando dell'*occasio necessitatis* del soggetto¹⁶.

TSDP, 17, 2024, 1 ss., il quale, dopo aver ricordato «il recente ritorno ad una prospettiva volontaristica nel campo del diritto privato e, più nello specifico, ad una tendenza volta ad individuare nella volontà dei contraenti la regola assoluta del rapporto contrattuale», ha opportunatamente sottolineato che «il tradizionale novero dei vizi della volontà appare oggi insufficiente rispetto all'esigenza di riconoscere rilevanza giuridica anche ad altre situazioni che, del pari, incidono sulla formazione della volontà, condizionandola o limitando l'autodeterminazione del soggetto: si tratta di situazioni di vulnerabilità, di stati di dipendenza, economica o anche soltanto psicologica, di grave inferiorità rispetto alle conoscenze, al potere e all'influenza della controparte; situazioni che alcuni giuristi, come noto, definiscono 'nuovi vizi' del volere» (pp. 1-2). Con specifico riguardo alla 'vulnerabilità', l'a. acutamente rileva che si tratta di un «concetto giuridico elastico ed indeterminato, formatosi nell'ambito di altre scienze, quali la filosofia e la sociologia, ma che, negli ultimi anni, ha fatto ingresso nel mondo del diritto grazie all'intervento degli organismi internazionali, facendo leva sul principio dell'inviolabilità della vita umana e sul diritto all'autodeterminazione del singolo» (p. 2). Cfr. anche M. AUCIELLO, *Interessi corrispettivi e moratori tra omogeneità e disomogeneità ontologica e storica. La difficile convivenza con la normativa antiusura. Osservazioni a margine di Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, ord. n. 27442*, in *TSDP*, 12, 2019, 1 ss., il quale si sofferma sul delicato problema del rapporto tra interessi moratori e normativa antiusura alla luce dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 27442 del 30 ottobre 2018; l'a., nel commentare le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte circa la questione dell'applicabilità della disciplina antiusura (prevista dalla L. 7 marzo 1996, n. 108) a tutti i tipi di interessi, inclusi quelli moratori, propone alcune considerazioni di carattere storico, prendendo le mosse dalla disciplina delle *usurae* nell'esperienza giuridica romana.

¹⁶ Come è stato giustamente posto in rilievo da L. SOLIDORO, *Sulla disciplina*, cit., 570, il legislatore, introducendo nella norma il requisito dello stato di necessità del debitore, intendeva perseguire un preciso scopo pratico: «escludere dalla repressione penale [...] i mutui che fossero stati stipulati con previsione di *usurae*

3. Pratica feneratizia e influenza dell'etica cristiana: l'emblematica testimonianza del *De Tobia* di Ambrogio

Al di là di ogni sterile discussione, credo sia plausibile ipotizzare un'influenza cristiana sul provvedimento teodosiano¹⁷: infatti, la

ultra centesimam da soggetti solvibili ed indotti alla richiesta del prestito non da necessità, bensì dall'aspirazione all'arricchimento. Si ritenne evidentemente sufficiente continuare a configurare questa ipotesi come un illecito civile (da reprimersi sulla base della preesistente disciplina), riservando le sanzioni penali ai casi in cui lo stato di bisogno del debitore inducesse la controparte a speculare, facendo leva su forme di intimidazione».

¹⁷ A tal proposito, F. AMARELLI, *Vetustas-Innovatio. Un'antitesi apparente nella legislazione di Costantino*, Napoli, 1978, 107, ha ritenuto che C.Th. 2.33.2 trovi il suo precedente in un brano di Lattanzio: Lact. *div. inst.* 6.18.7: *pecuniam si quam crediderit non accipiet usuram at et beneficium sit incolume. quod succurrit necessitati et abstineat se prorsus alieno*. Lattanzio si richiama qui a un passo tratto dal libro dei Salmi (Psal. 14.5: *qui pecuniam suam non dedit ad usuram, et munera super innocentem non accepit* [...]), nonché a un brano del Vangelo di Luca (Luc. 6.34-35: *Et si mutuum dederitis his, a quibus speratis recipere, quae vobis gratia est? Nam et peccatores peccatoribus fenerantur, ut recipient aequalia [...] mutuum date nihil desperantes*). Diversamente E. BIANCHI, *In tema di usura*, II, cit., 146-147, il quale, invece, tenendo conto del fatto che la costituzione di Teodosio consente di percepire gli interessi nella misura, certo non bassa, della *centesima* (12%), sia pure comminando una grave pena per chi eccede questo tasso, non ritiene convincente l'ipotesi di una relazione diretta tra il passo di Lattanzio e la *lex* in questione. Cfr. anche Lact. *div. inst.* 6.18.8-10: *in hoc enim genere officii debet suo esse contentus, quem oporteat alias ne proprio quidem parcere. ut bonum faciat: plus autem accipere quam dederit iniustum est. quod qui facit, insidiatur quodammodo, ut ei alterius necessitate praedetur. at iustus numquam praetermittet quominus aliquid misericorditer faciat, nec inquinabit se huiusmodi quaestu, sed efficiet ut sine ullo suo damno id ipsum quod commodat inter bona opera numeretur. munus non accipiat a paupere, ut si quid ipse praestiterit, eo bonum sit, quod fuerit gratuitum. maledicenti benedicto respondeat, numquam ipse maledicat, ne verbum malum procedat ex ore hominis qui colit verbum bonum*. Molto interessante anche un passo tratto dall'Epitome delle Divine Istituzioni di Lattanzio: Lact. *epit. div. inst.* 64 *non dabit in usuram pecuniam (hoc est enim de alicuius malis lucra captare) nec tamen negabit, si quem necessitatis cogit mutuari [...] Munera superabundantia non accipiet a tenuioribus; nec enim iustum est augeri patrimonium locupletum per damna miserorum*.

nuova prospettiva adottata dal legislatore, che considera l'usuraio come uno speculatore e il debitore come un soggetto meritevole di tutela, in quanto anello debole del patto concluso in stato di necessità, riflette una posizione molto prossima alla visione cristiana del problema feneratizio¹⁸.

In altri termini, la *lex* mostra, nella lettera e nello spirito, una sensibilità verso lo 'stato di bisogno' degli ultimi, fino alla previsione della severissima *poena quadrupli* come risarcimento, che non può non avvicinarla all'idea che il cristianesimo ha della questione, pur risultando essa priva della 'radicalità' senza attenuanti, propria di tale idea.

Difatti, sia nell'Antico che nel Nuovo Testamento¹⁹, sono espresse, con assoluta chiarezza, la proibizione e la condanna di ogni forma di usura, in quanto peccato contro Dio, generato dall'aver consapevolmente approfittato dello stato di bisogno di un fratello in difficoltà, pur se la parola 'profetica' assume in essi toni e sfumature diverse. In ogni caso, la genesi del netto rifiuto, proprio del 'pensiero' cristiano, della pratica feneratizia risiede nella sua palese antiteticità rispetto alla logica e al precetto evangelici dell'amore come condivisione. La condivisione evangelica si realizza, infatti, solo nella 'gratuità' e nel 'disinteresse', laddove, nella diade relazionale, l'elemento 'debole' e strutturalmente

¹⁸ Al riguardo, E. BIANCHI, *In tema di usura*, II, cit., 152, efficacemente sottolinea in età teodosiana la coincidenza, almeno parziale, tra le direttive della legislazione imperiale e le idee espresse dal pensiero cristiano in tema di usura; l'a. indica due elementi a suffragio di tale conclusione: «il primo, di carattere generale, è relativo alla circostanza che, nel periodo di Teodosio, il Cristianesimo è divenuto ormai la religione dell'Impero; il secondo [...] è basato sul fatto che è proprio in questo periodo che, ad opera di grandi pensatori quali Ambrogio, Gregorio Nisseno, Giovanni Crisostomo ed altri, appaiono gli scritti più significativi contro il fenomeno feneratizio».

¹⁹ Per l'Antico Testamento cfr., ad esempio, *Exod.* 22.24; *Levit.* 25.35-37; *Deuter.* 23.20; *Ezech.* 18.13; *Psal.* 14.5; per il Nuovo Testamento v., in particolare, *Luc.* 6.35.

‘carente’ occupa la posizione centrale, polo di attrazione delle tensioni affettive dell’elemento, in un certo senso, ‘forte’ del rapporto. Alla meccanica relazione intersoggettiva fondata sulla ‘reciprocità’ del *do ut des*, il messaggio cristiano contrappone una nuova modalità relazionale, radicata in una diversa forma di ‘reciprocità’, che si attua nella dimensione della ‘gratuità’.

Solo nella ‘gratuità’, infatti, si riconosce il valore assoluto dell’altro, come persona, da cui non ci si aspetta nulla in cambio, e solo nell’atto della ‘donazione’ si realizza a pieno la nuova dinamica comunicativa, che procede oltre e contro ogni logica retributiva di tipo mercantile, finalizzata al recupero, con l’incremento degli interessi, dei beni dati all’altro.

È evidente come tale, inedita, modalità relazionale sia agli antipodi di qualsivoglia ‘patto’ nel quale l’elemento ‘debole’, relegato alla periferia del rapporto, diventa sempre più debole, schiacciato dal meccanismo scellerato dell’incremento incontrollabile degli interessi, che finisce per vanificarne ogni possibilità di riscatto e azzerare la dignità stessa della persona umana.

In ogni modo, va rilevato che nel IV secolo d.C. fu diversa la posizione assunta, nei confronti dell’usura, dai Padri della Chiesa²⁰ e dai Concili ecclesiastici²¹.

²⁰ Sul tema ancora fondamentali gli studi di M. GIACCHERO, *Aspetti economici fra il III e il IV secolo: prestito ad interesse e commercio nel pensiero dei Padri*, in *Augustinianum*, 17, 1977, 25 ss.; EAD., *Fenus, usura, pignus e fideiussio negli scrittori patristici del IV secolo: Basilio, Gregorio, Ambrogio, Gerolamo*, in *AARC*, 3, Perugia, 1979, 443 ss.; più di recente v. L. DATTRINO, *I Padri della Chiesa e l’usura*, Roma, 2005.

²¹ Per quanto concerne i canoni conciliari del IV secolo in materia di usura, cfr., tra gli altri, il Concilio di Elvira (305-306 d.C.), can. 20; il Concilio di Arles (314 d.C.), can. 12; il Concilio di Nicea (325 d.C.), can. 17. Va sottolineato che, in una prima fase, il divieto di praticare l’usura fu rivolto dalla Chiesa solo al clero. Successivamente, a partire dal VII sec., il divieto venne esteso anche ai laici, come previsto dalla Bibbia e dai Padri della Chiesa. Tale estensione, che vieta formalmente e indistintamente a tutti i cristiani la pratica dell’usura, fu decretata

dal Concilio di Clichy (626 d.C.), can. 1. Si ricordi che all'orientamento iniziale della Chiesa fa eccezione il canone 20 del Concilio di Elvira, che affermò il divieto di praticare l'usura anche per i fedeli laici, prevedendo pene diverse a seconda dello *status* del colpevole: la degradazione allo stato laicale e la privazione dei sacramenti per gli ecclesiastici, l'allontanamento dalla chiesa con la scomunica per i laici, salvo per questi ultimi il perdono, con esenzione dalla pena, in caso di ravvedimento: cfr. *Conc. Eliberritanum*, can. 20: *Si quis clericorum detectus fuerit usuras accipere, placuit eum degradari et abstineri. Si quis etiam laicus accepisse probatur usuras, et promiserit correptus iam se cessaturum nec alterius exacturum, placuit ei veniam tribui: si vero in ea iniquitate duraverit, ab ecclesia esse proiciendum*. Si tratta, tuttavia, di un 'divieto isolato'; infatti, i concili successivi fino a quello di Clichy del 626 non fanno più riferimento ai cristiani laici. Al riguardo, cfr. M. GIACCHERO, *L'atteggiamento dei concili in materia di usura dal IV al IX secolo*, in *AARC*, 4, Perugia, 1981, 328-329, la quale, dopo aver rilevato che «l'influsso e la diffusione del canone eliberitano al di fuori del territorio spagnolo non furono immediati e incisivi, se dopo quel tempo trascorsero lunghi secoli prima che l'interdizione *erga omnes* venisse riaffermata in un altro concilio», sottolinea efficacemente che «nel IV secolo s'affermava prioritaria l'esigenza di estirpare almeno nei chierici la cupidigia usuraia, tanto nociva per raggiungere la perfezione cristiana e assolutamente incompatibile con l'esercizio del ministero sacerdotale». Cfr. *Conc. Arelatense I*, can. 12: *De ministris qui fenerant, placuit eos iuxta formam divinitus datam a communione abstineri*. *Conc. Nicaenum*, can. 17: Ἐπειδὴ πολλοὶ ἐν τῷ κανόνι ἐξεταζόμενοι τῇ πλεονεξίᾳ καὶ τὴν αἰσχοκέρδειαν διώκοντες ἐπελάθοντο τοῦ θείου γράμματος λέγοντος. Τῷ ἀργύριον αὐτοῦ οὐκ ἔδωκεν ἐπὶ τόκῳ καὶ δανείζοντες ἑκατοστὰς ἀπαιτοῦσιν· ἐδικαίωσεν ἡ ἀγία καὶ μεγάλη σύνοδος, ὥς, εἴ τις εὐρεθῇ μετὰ τὸν ὅρον τοῦτον τόκους λαμβάνων ἐκ μεταχειρίσεως ἢ ἄλλως μετερχόμενος τὸ πρᾶγμα, ἢ ἡμιολίας ἀπαιτῶν ἢ ὅλως ἕτερόν τι ἐπινοῶν αἰσχροῦ κέρδους ἕνεκα, καθαιρεθήσεται τοῦ κλήρου καὶ ἀλλότριος τοῦ κανόνος ἔσται. *Conc. Clippiacense*, can. 1: *Episcopus, presbyter vel diaconus usuras a debitoribus exigens aut desinat aut certe damnetur. Nam neque centesima exigant aut turpia lucra requirant. Sexcuplum vel decuplum prohibemus omnibus Christianis*. Non deve stupire la sorta di 'doppio binario', profetico-istituzionale, sul quale appare muoversi la chiesa cristiana delle origini, alla ricerca di un difficile equilibrio tra le istanze 'immediate' della fede e quelle 'mediate' della politica. Le prime trovano emblematica espressione nelle testimonianze splendide dei Padri, che, sorretti dalla 'radicalità' della fede nel Cristo risorto, infiammano l'animo dei fedeli, aprendoli all'accoglienza disinteressata dell'altro e dei suoi bisogni. Accanto agli 'spazi profetici' segnati dalla parola liberante dell'Uomo di Nazareth, vengono gradualmente a definirsi

La riflessione teorica dei Padri procede senza ‘mediazioni’ e libera da considerazioni pratiche, giungendo, in modo sostanzialmente concorde e sempre nello spirito dei testi biblici, alla condanna senza riserve del fenomeno dell’usura. Più sfumato e meno radicale, invece, l’atteggiamento dei Concili ecclesiastici del IV secolo d.C., nei quali inevitabile risulta il ricorso alla ‘mediazione’ che, in qualche misura, finisce col piegare la

‘spazi istituzionali’, che, con l’intento di ‘sistematizzare’ la Parola, da un lato, ne neutralizzano, almeno in parte, il potenziale profetico, dall’altro, consentono la sua propagazione secondo le linee di una tradizione che intende essere il più possibile fedele alle radici originarie. Nel corso della storia, la dialettica profezia/istituzione ha dato vita a elaborazioni teologiche e ad esperienze ecclesiali diversificate, a seconda del rilievo dato a ciascuno degli elementi della diade, disegnando un quadro ricco e articolato dell’esperienza religiosa cristiana, che ha conservato il suo potenziale di *novitas* anche oggi, nell’impatto con le istanze dirompenti del mondo contemporaneo. Per quanto concerne, nello specifico, la pratica feneratizia, è interessante notare come sia possibile individuare, sin dai primordi, anche in riferimento ad essa, l’agire della dinamica in precedenza descritta. Difatti, il fenomeno usuraio è condannato senza appello dalla voce profetica dei Padri, con la forza dirompente di un discorso rivolto *erga omnes*, sia ai chierici sia ai laici, in quanto attività contraria ai valori fondanti la fede cristiana, quali la gratuità e il disinteresse, e destinata, quindi, a colpire soprattutto gli ultimi e i fragili, rendendo la loro condizione esistenziale del tutto intollerabile. Alla condanna onnicomprensiva, *erga omnes*, dell’attività feneratizia, pronunciata con animo profetico dai Padri in piena adesione agli insegnamenti delle Scritture, si contrappone, invece, una serie di disposizioni conciliari rivolte, almeno in una prima fase, unicamente *contra clericos*, che rinunziano alla radicalità e all’universalità del messaggio cristiano per motivi politico-istituzionali, cioè per evitare conflitti con l’imperatore che da poco aveva concesso libertà di fede e di culto ai cristiani. Siamo agli inizi di una lunga storia. Le ragioni della fede e quelle dello stato si incrociano, ridisegnando i confini delle loro reciproche influenze. Sull’atteggiamento dei concili in materia d’usura dal IV al IX secolo sempre valido e utile il contributo di M. GIACCHERO, *L’atteggiamento*, cit., 305 ss.; v. anche, per il IV secolo, E. BIANCHI, *In tema di usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo*, I, in *Athenaeum*, 61, 1983, 321 ss.; ID., *In tema di usura*, II, cit., 136 ss.

riflessione teorica e di principio alle esigenze contingenti e concrete della situazione giuridica e sociale del tempo, in cui un ruolo centrale, ai fini dello sviluppo economico, svolgeva il fenomeno creditizio, con tutti gli eccessi, nell'accumulo degli interessi, ad esso collegati.

In primo luogo, mi pare interessante evidenziare come già cominci ad emergere la dicotomia - che attraverserà fino ad oggi la storia ecclesiastica, non senza lacerazioni, talora anche profonde - tra la Chiesa istituzionale, gerarchicamente organizzata, particolarmente sensibile alle istanze politiche ed economiche della società e incline a 'mediazioni' e 'concessioni' ai poteri in essa agenti, e la Chiesa/popolo di Dio, 'comunità' di salvezza, più vicina all'*animus* profetico dei testi biblici e meglio disposta all'ascolto delle esigenze di 'liberazione' dei poveri e dei sofferenti²².

²² Esaustiva e di impeccabile chiarezza risulta, ancora oggi, l'enunciazione della concezione della Chiesa, circa il fenomeno feneratorio, di B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I. *Orientamento religioso della legislazione*, Milano, 1952, 245-246, il quale afferma: «il precetto biblico è tassativo; né Gesù aveva bisogno di riaffermarlo di fronte alla legge generale della carità. La posizione della Chiesa, precisa e concorde, si manifesta attraverso la patristica e i concili. La Patristica è piena di acerba condanna dell'usura. Soprattutto sono notevoli, perché denotano la gravità del male e l'orientamento della Chiesa, due omelie pronunciate *adversus feneratores* da Basilio e da Gregorio di Nissa: il primo commentando il Salmo 14.5 che dice essere uomo giusto colui che *pecuniam non dedit ad usuram*; il secondo a proposito del passo di Ezechiele che condanna come avaro colui che abbia ricevuto *usuram et superabundantiam* (22.13). In queste omelie si condanna l'aspetto del prestito ad interesse che a quel tempo appariva ripugnante, cioè la diffusione e la misura esorbitante del tasso, il modo spietato con cui il creditore faceva valere il suo diritto, mettendo in evidenza la situazione compassionevole in cui si trova il povero, costretto a sottostare a qualsiasi angheria pur di avere quello di cui ha bisogno. Appunto perché di solito è il povero bisognoso che ricorre al prestito, la patristica è decisa nel condannare qualsiasi prestito ad interesse. S. Agostino dice che *peccat qui exigit supra debitum (contra Faustum, 19.25; PL 42.364)*; S. Ambrogio afferma senz'altro che *si quis usuram acceperit, rapina facit, vita non vivit (de bono mortis, 12.56; PL 14.594)*. La legislazione non resta indifferente di fronte

Gli indigenti, in realtà la maggioranza della popolazione, legati ad una situazione di profonda debolezza strutturale e di conseguente insicurezza materiale e morale, avevano grande difficoltà a far sentire la loro voce, anzi erano invero del tutto assenti sul palcoscenico della storia, ove solo chi detiene il potere materiale possiede anche quello ideologico e culturale, cioè il potere della parola e della comunicazione delle idee. In realtà, tale situazione, che vede larghi strati della popolazione versare nella mancanza assoluta di ogni risorsa, è comune a molte epoche della storia di Roma. Nell'impero tardo romano, però, il processo di concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi e il divario tra chi vive nella prosperità e nell'agio e chi, invece, ristagna nella totale indigenza e nell'assenza di libertà si accentua ancor più, rendendo intollerabili i disagi e le condizioni di vita di quest'ultimi²³.

a tale precetto. Non esclude gli interessi, giacché non si nasconde la funzione sociale del prestito ad interesse, che può andare anche a beneficio di coloro che ne abbiano bisogno (Nov. 136; 535), ma come ha fatto in definitiva la Chiesa, stabilisce limiti, onde eliminare ogni abuso ed asprezza. Quello che si vuole reprimere è l'ingordigia del creditore non l'interesse di per sé».

²³ Per un inquadramento generale della situazione economica del IV secolo d.C., oltre alle belle pagine di F. DE MARTINO, *Circolazione ed inflazione nel IV secolo d.C.*, in *AAC*, 12, Perugia, 1998, 95 ss., cfr. più di recente E. LO CASCIO, *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*, Roma, 2009, 235 ss.; A. MARCONE, F. CARLÀ, *Economia e finanza a Roma*, Bologna, 2011. Sulla composizione e sulla stratificazione del tessuto sociale nel tardo impero restano un essenziale punto di riferimento i lavori di S. MAZZARINO, *Aspetti sociali del IV secolo. Ricerche di storia tardoromana*, Roma, 1951; ID., *La fine del mondo antico*, Milano, 1988; ID., *Il basso impero. Antico, Tardoantico ed era costantiniana*², Bari, 2003; v. anche A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire 284-602. A social, Economic and Administrative Survey*, I-III, Oxford, 1964, trad. it. *Il tardo impero romano*, I-III, Milano, 1973-1981; ID., *The Decline of the Ancient World*, London, 1966, trad. it. *Il tramonto del mondo antico*, Roma-Bari, 1972; più di recente cfr. L. DE SALVO, *Le classi sociali*, in *Storia di Roma. L'età tardoantica, III-VI secolo d.C.*, II, Roma, 2010, 399 ss. (con ult. riferimenti bibl.), *praecipue* 448 ss. per i poveri e i marginali. In generale, sulla tarda antichità, sulle nuove prospettive storiografiche e sui possibili itinerari di

La radicalità evangelica, che caratterizza la concezione dei Padri della Chiesa in rapporto alla diffusa pratica dell'usura, trova, ad esempio, chiara espressione nel *De Tobia* di Ambrogio. La lettura di quest'opera restituisce, senza filtri, l'ispirazione biblica che anima la riflessione ambrosiana, dalla quale emerge la netta condanna di ogni forma di prestito a interesse.

Tale pratica, infatti, è inammissibile nell'ottica evangelica che propone relazioni interumane nelle quali il *dis-interesse* prenda il posto dell'*in-teresse*, in vista della realizzazione del regno di Dio, già qui e ora, nella condivisione e nell'assoluta gratuità.

Emblematica è la scelta del personaggio Tobia da parte di Ambrogio. Nell'Antico Testamento Tobia è presentato come esempio e modello dell'uomo giusto: misericordioso e ospitale, naturalmente aperto alla comunione con gli altri, fino al sacrificio di sé stesso. Al riguardo, si racconta che, avendo prestato del denaro ad un parente, nel corso dell'intera esistenza non ne chiese mai la restituzione, pur vivendo in uno stato di estremo bisogno. In prossimità della fine, ritenne opportuno informare il figlio

ricerca cfr. da ultimo A. MARCONE, *Tarda Antichità. Profilo storico e prospettive storiografiche*, Roma, 2020, con ampia e aggiornata bibliografia, cui si rinvia. Nell'ambito della letteratura precedente sul tardoantico, mi limito a segnalare alcuni testi fondamentali: H.-I. MARROU, *Décadence romaine ou antiquité tardive?*, Paris, 1978, trad. it. *Decadenza romana o tarda antichità?*, Milano, 1979; P. BROWN, *The Making of Late Antiquity*, Cambridge (Mass.)-London, 1978, trad. it. *La genesi della tarda antichità*, Torino, 2001; A. CAMERON, *The Later Roman Empire*, London, 1993, trad. it. *Il tardo impero romano*, Bologna, 1995; ID., *The Mediterranean World in Late Antiquity AD 395-600*, London-New York, 1993, trad. it. *Un impero, due destini. Roma e Costantinopoli fra il 395 e il 600 d.C.*, Genova, 1996; A. GIARDINA, *Società romana e impero tardo antico*, Roma-Bari, 1986; ID., *Esplosione di Tardoantico*, in *Prospettive sul Tardoantico. Atti del Convegno di Pavia (27-28 novembre 1997)*, a cura di G. Mazzoli e F. Gasti, Como, 1999, 9 ss., poi in *Studi Storici*, 40, 1999, 157 ss.; ID., *Tardoantico: appunti sul dibattito attuale*, in *Studi Storici*, 45, 2004, 41 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007.

dell'esistenza del credito, non per ottenere vantaggi personali, ma solo per amore oblativo, non ritenendo giusto lasciare il figlio nella non consapevolezza della situazione creditizia, privandolo, quindi, in quanto erede, di qualcosa che gli spetta e che potrebbe essergli utile.

Leggiamo le parole di Ambrogio in due brani tratti dal capitolo 2 del *De Tobia*:

Ambr. de Tob. 2.7: *Quod igitur commendavit pecuniam et non faeneravit, iusti servavit officium; malum est enim faenus, quo quaerentur usurae. Sed non illud faenus malum, de quo scriptum est: Faenera proximo tuo in tempore necessitatis illius. Nam et David ait: Iustus miseretur et commodat. Aliud illud faenus est iure execrabile, dare in usuram pecuniam, quod lex prohibet. Sed Tobis hoc refugiebat, qui monebat filium, ne praeceptum domini praeteriret, ut ex substantia sua elemosynam faceret, non pecuniam faeneraret, non averteret faciem suam ab ullo paupere. Haec qui monet condemnat usuras faenoris, ex quo multi quaestum fecerunt et multis commodare pecuniam negotiatio fuit. Et quidem eam prohibuere sancti.*

Ambr. de Tob. 2.8: *Quo gravius malum faenus est, eo laudabilior qui illud refugit. Da pecuniam, si habes: prosit alii quae tibi est otiosa. Da quasi non recepturus, ut de lucro cedat, si reddita fuerit. Qui non reddit pecuniam reddit gratiam. Si fraudaris pecunia, adquiris iustitiam; iustus est enim qui miseretur et commodat. Si amittitur pecunia, comparatur misericordia; scriptum est enim: Qui facit misericordiam faenerat proximo*²⁴.

²⁴ Nel primo passo si legge: «[2.7] Poiché dunque diede in prestito denaro e non lo diede ad interesse, egli osservò il dovere di un uomo giusto; infatti è malvagio quel prestito di cui si esige l'usura. Non è invece malvagio quel prestito di cui sta scritto: *Da' in prestito al tuo prossimo quando egli è nella necessità*. Infatti anche Davide dice: *Il giusto ha pietà e dà in prestito*. Quell'altro prestito è giustamente condannabile, il prestito di denaro ad usura, che è proibito dalla Legge. Ma Tobia rifuggiva da questo comportamento, lui che ammoniva il figlio a non trascurare

Nel prosiegua dell'opera Ambrogio descrive con parole estremamente incisive la dinamica intrinseca al prestito a interesse, sotto il profilo sia economico sia psicologico, per cui esso si rivela una vera e propria trappola che realizza un 'processo di soffocamento': *Usuram [...] petere suffocare est*. Imporre degli interessi vuol dire strozzare; il laccio del creditore strangola anche l'anima: *Ostendit quid sit suffocare, id est usuram inponere; strangulat enim et quod peius est animam laqueus creditoris*²⁵.

Ambrogio delinea, quindi, i rischi e le umiliazioni derivanti dalla decisione di accedere al prestito a interesse; in generale consiglia di non prendere in considerazione tale possibilità, mossi dall'illusione di risolvere problemi economici, che, invece, ineluttabilmente finiranno per aggravarsi, sino a soffocare il debitore.

Allora come comportarsi con chi è in una situazione di povertà?

La risposta di Ambrogio è chiara e netta: bisogna aiutare chi è nel bisogno senza chiedere nulla in cambio, cioè senza pretendere alcun tipo di restituzione. Dare in modo gratuito e disinteressato, nella sequela di Cristo che 'rimette i debiti', cioè perdona i peccati.

il precetto del Signore, di fare l'elemosina con le proprie ricchezze, di non dare in prestito il denaro ad interesse, di non distogliere lo sguardo da alcun povero. Chi raccomanda queste cose condanna l'usura del prestito, da cui molti son soliti trarre guadagni e per molti prestare denaro è un affare. Però le persone sane lo hanno proibito». Nel secondo passo si afferma: «[2.8] Quanto più è cosa cattiva il prestito ad interesse tanto più è lodevole chi lo fugge. Da' il denaro, se ne hai: gioverà ad un altro, mentre per te è superfluo. Dallo come chi non attende che gli sia restituito, affinché, se verrà reso, tu lo accolga come un guadagno. Chi non rende il denaro rende grazia. Se sei defraudato di denaro, acquisti giustizia: infatti è giusto *chi ha pietà e dà in prestito*. Se si perde il denaro, si acquista la misericordia; sta scritto infatti: *Chi è misericordioso dà in prestito al povero*». La trad. it. è di F. Gori, in *Opera omnia di Sant'Ambrogio, Opere esegetiche*, VI. *Elia e il digiuno, Naboth, Tobia*, Milano-Roma, 1985, 202; a questo volume, senz'altro pregevole, si rinvia anche per l'ampia introduzione, sempre curata da F. Gori, e per i numerosi riferimenti bibliografici.

²⁵ Ambr. *de Tob.* 14.46, trad. it. F. Gori, *Opera omnia*, cit., 243-244.

Ecco le parole di Ambrogio:

Ambr. de Tob. 21.82: Ergo dum liber es a vinculis, ipse te retrabe, revoca a iugo et onere servitutis. Dives es: non sumas mutuum. Pauper es: non sumas mutuum. Dives es: nullam pateris petendi necessitatem. Pauper es: considera solvendi difficultatem. Opulentia usuris minuitur, paupertas usuris non elevatur; numquam enim malum malo corrigitur nec vulnus curatur vulnere, sed exasperatur ulcere.

Nel brano si afferma: «Perciò finché sei libero da vincoli, tirati indietro da solo, tieniti lontano dal giogo e dal peso della schiavitù. Sei ricco: non prendere prestiti. Sei povero: non prendere prestiti. Sei ricco: non hai alcuna necessità di chiedere. Sei povero: pensa alla difficoltà di pagare. La ricchezza diminuisce per gli interessi, la povertà non è sollevata dagli interessi; mai infatti si cura un male con un altro male, né una ferita si cura con un'altra ferita, ma la si aggraverebbe con una piaga»²⁶.

²⁶ Ambr. *de Tob.*, trad. it. F. Gori, *Opera omnia*, cit., 277. L'episodio a cui Ambrogio fa riferimento in un passo del capitolo 22 è quello di Maria Maddalena (Luca 7.36-50) che si inginocchia dietro a Gesù, bagnandone con le lacrime i piedi, che poi asciuga con i capelli, dopo averli cosparsi di profumo. Gesù rivolge alla donna parole di conforto e di perdono, affermando: «La tua fede ti ha salvata; va' in pace»: cfr. Ambr. *de Tob.* 22.85: *Atque ut sciatis quod amanti haec affectu suadeam, ut sciatis quod liceat et bene faenerare, ostendam vobis quem faeneratorem debeatis imitari. Duo inquit erant debitores uni faeneratori; unus debebat denarios quingentos, alius quinquaginta. Non habentibus illis unde redderent donavit utrisque. Quis ergo eum plus diligit? Respondens Simon Phariseus dixit: Aestimo quia is cui plus donavit. Et laudata est eius sententia dicente domino: Recte indicasti. Recte indicavit Phariseus, qui male cogitavit putans quod ignoraret magis dominus peccata mulieris quam donaret. Sed laudatur eius sententia, ut excusatio ei omnis adimatur.* Nel passo si legge: «[22.85] E perché sappiate che io vi consiglio queste cose con amorevole affetto, perché sappiate che si può anche fare buoni prestiti, vi mostrerò quale prestatore dovete imitare. C'erano – dice – due debitori di un unico creditore; uno gli doveva cinquecento denari, l'altro cinquanta. Poiché quelli non avevano da restituire, condonò ad entrambi. Chi dunque lo amerà maggiormente? Simone Fariseo rispondendo disse: Penso colui al quale ha condonato di più.

Ebbene, la rigida presa di posizione contro la pratica feneratizia espressa dalla patristica nel corso del IV secolo – emblematicamente attestata nel *De Tobia* di Ambrogio – sembra trovare un’eco nell’intervento legislativo di Teodosio (CTh. 2.33.2), il quale, nell’arginare la deplorevole e diffusa attività usuraria, intende tutelare i deboli dalle prevaricazioni dei potenti, manifestando «un disagio di fronte al fenomeno con posizione consona alla condanna che i Padri della Chiesa stavano nel contempo da più parti esprimendo»²⁷.

4. Osservazioni conclusive

L’avvento del cristianesimo fu senz’altro determinante nel dare finalmente voce, anche se in modo graduale e pur sempre embrionale, a massicci strati della popolazione, sia rurale sia urbana, esclusi dalle dinamiche vitali delle vicende storiche e sospinti alla periferia dei processi di trasformazione della società²⁸.

E la sua risposta fu lodata dal Signore che disse: *Hai giudicato bene*. Rettamente giudicò il Fariseo, lui che aveva pensato male credendo che il Signore ignorasse i peccati della donna piuttosto che li perdonasse. Ma la sua risposta è lodata perché gli venga preclusa ogni scappatoia». (Ambr. *de Tob.*, trad. it. F. Gori, *Opera omnia*, cit., 279-280).

²⁷ Come ha efficacemente posto in rilievo P. GARBARINO, *Senatores*, cit., 345.

²⁸ È noto come la contrapposizione convenzionale tra ricchi e poveri fotografi solo in parte l’assetto sociale tardoantico; tale ‘bipolarizzazione’ non è sufficiente a decodificare le disparate tensioni dell’età tardoantica e la ‘complessità’ propria di una società densamente stratificata e caratterizzata da molteplici distinzioni, che connotano diversamente gruppi sociali appartenenti ad un contesto, in apparenza, simile. Masse rurali, costituite da coloni, di fatto privati di ogni libertà in quanto indissolubilmente vincolati ai fondi da essi coltivati, e da manodopera servile, e masse urbanizzate di indigenti, che sopravvivono in uno stato di estrema mendicizia, in parte stanziate in piccoli villaggi e, in parte, nelle periferie anonime delle grandi città costituiscono gli elementi che disegnano il complesso quadro della società tardoantica. Essi, alla stregua di tanti fili diversi gli uni dagli altri, solo annodati insieme danno vita alla trama di un tessuto

Il nuovo credo, infatti, rovesciando la tradizionale gerarchia di valori e ponendo gli ‘ultimi’ al centro della realtà e delle sue istanze di cambiamento, non costituì una vuota e illusoria ‘utopia’, ma alimentò una ‘speranza’ che non può ingannare, né deludere²⁹.

articolato. Soprattutto i derelitti, che affollano invivibili spazi urbani sottratti al nulla, sono afflitti da gravissime carenze inerenti alle necessità primarie dell’essere umano. Pertanto, nel corso del tempo, l’istituzione ecclesiastica, rappresentata nelle grandi città dalla figura del vescovo, tende sempre più a svolgere un’azione di supplenza rispetto alle carenze della politica, promuovendo la nascita di luoghi di cura e di assistenza, nei quali i più deboli e fragili possano trovare accoglienza e lenire le sofferenze derivanti dalla malattia e dalla miseria. È interessante notare che, per realizzare tali obiettivi, la chiesa utilizzi parte dell’enorme patrimonio finanziario frutto di ingenti lasciti testamentari fatti dai fedeli: attribuzioni *mortis causa* considerate giuridicamente valide dal *ius*, nonostante siano destinate ad *incertae personae*, derogando, in tal modo, a un principio fondamentale e mai abolito del diritto successorio romano. Sulla figura del povero in età tardoantica cfr. i recenti contributi di D. F. CANER, *Not All Poverty Is to Be Praised: Defining the Poor in a Christian Roman Empire*; C. MACHADO, *Looking for the Poor in Late Antique Rome*; C. FREU, *The “Poor” Facing Late Antique Justice: The Cases from the Papyri*; J. C. MAGALHAES DE OLIVEIRA, *Poverty, Charity, and the Social Strategies of “the Poor” in Late Antiquity: The View from North Africa in the Age of Augustine*, pubblicati in *Poverty in Ancient Greece and Rome*, cit., rispettivamente alle pp. 211 ss., 232 ss., 258 ss., 277 ss. Sulla povertà in età tardoantica cfr. anche la bibliografia citata *supra*, nt. 1.

²⁹ Difatti, come attestano le fonti bibliche, la parola e la prassi di Cristo sono sempre orientate al riscatto degli ultimi, condizione imprescindibile per la salvezza dell’umanità intera. Tale speranza, espressione del senso autentico della fede cristiana, può realizzarsi solo neutralizzando la naturale tendenza dell’io all’egocentrismo e all’insularità. Il singolo è chiamato a uscire da sé stesso, per costruire ponti in grado di condurre verso l’altro, in modo da cogliere le ragioni dell’alterità, che non è estraneità, ma comunione nella differenza e unità nella diversità. Emblematico, per cogliere l’atteggiamento ‘rivoluzionario’, proprio della visione cristiana del mondo, è il cosiddetto *Discorso della Montagna* (Matth. 5.1-12; Luc. 6.20-49). In esso radicale appare il rovesciamento assiologico rispetto alla tradizionale scala dei valori: la ‘debolezza’ e la ‘povertà’, cioè la condizione di ‘ultimità’, lungi dall’essere indicata come esecrabile, diventa *status* privilegiato per il riscatto e l’emancipazione spirituale e sociale. Larghe fasce di

Essa, in quanto radicata nella profondità della ‘fede’ nell’Essere che per primo ha rivolto il suo sguardo all’uomo, è il sentiero certo, anche se tortuoso, che a Lui riconduce, contribuendo, in tal modo, a risvegliare concretamente le coscienze sopite e schiacciate dalla sofferenza di coloro i quali sono da sempre relegati in una condizione di ‘dipendenza’ esistenziale, apparentemente priva di ogni speranza.

Il cristianesimo, pertanto, riverberando la sua forza dirompente anche nel campo del diritto, mai impermeabile al nuovo della storia, costituì il motore e l’anima recondita di profonde e sostanziali innovazioni, riuscendo ad esercitare, in tale fase storica, una certa influenza sull’attività normativa imperiale, anche in materia feneratizia³⁰. Appare evidente che proprio la suddetta

oppressi trovano nel messaggio cristiano nuova linfa per alimentare le proprie esigenze di liberazione. La ‘speranza’ cristiana, pur essendo specificamente legata alla dimensione della salvezza spirituale, non può non mettere in moto, difatti, in modo indiretto, dinamismi inerenti anche alla liberazione sociale degli ultimi, finalmente ‘protagonisti’ sul proscenio della storia.

³⁰ Sui rapporti tra cristianesimo e impero romano la letteratura è vastissima; per un inquadramento generale si richiamano solo alcuni importanti lavori sul tema: cfr. B. BIONDI, *Il diritto*, cit.; M. SORDI, *I cristiani e l'impero romano*, Milano, 1984 (rist. 2023); EAD., *Impero romano e cristianesimo. Scritti scelti*, Roma, 2006; E. DAL COVOLO, *I Severi e il Cristianesimo*, Roma, 1989; M. PAVAN, *Cristianesimo e impero romano nel IV secolo*, in *I Cristiani e l'impero nel IV secolo. Atti del Convegno di Macerata (17-18 dicembre 1987)*, a cura di G. Bonamente e A. Nestori, Macerata, 1988, 1 ss.; P. BROWN, *Power and Persuasion in Late Antiquity. Towards a Christian Empire*, Madison-London, 1992, trad. it. *Potere e cristianesimo nella tarda antichità*, Roma-Bari, 1995; ID., *Through the Eye of a Needle: Wealth, the Fall of Rome, and the Making of Christianity in the West 350-550 AD*, Princeton, 2012, trad. it. *Per la cruna di un ago. La ricchezza, la caduta di Roma e lo sviluppo del cristianesimo, 350-550 d.C.*, Torino, 2014; G. CRIFÒ, *La Chiesa e l'Impero nella storia del diritto da Costantino a Giustiniano*, in *Cristianesimo e istituzioni politiche. Da Costantino a Giustiniano*, a cura di E. dal Covolo e R. Uglione, Roma, 1997, 171 ss.; L. DE GIOVANNI, *Chiesa e Stato nel Codice teodosiano. Alle origini della codificazione nei rapporti Chiesa-Stato*⁴, Napoli, 2001. Per quanto concerne l'evoluzione della riflessione cristiana sul divieto di usura

condizione di ‘dipendenza’, materiale e spirituale, di larghi strati della popolazione abbia costituito, allora come oggi, il terreno fertile e lo *status* propedeutico per incappare, quasi ineluttabilmente, nelle maglie strette ed asfissianti dell’usura, col rischio di esserne definitivamente soffocati.

Ebbene, il diritto romano classico, considerando il fenomeno dell’usura come un istituto, tra gli altri, semplicemente da regolamentare, di fatto finiva con ammetterne la legittimità entro i limiti fissati dalla legge³¹. D’altra parte, gli individui in condizione di estremo disagio, sia materiale che morale, erano paradossalmente ignorati quasi del tutto anche dall’evergetismo romano, finalizzato *in primis* all’incremento del prestigio individuale, non alla condivisione gratuita e disinteressata con l’altro bisognoso di aiuto. Difatti, l’evergetismo pagano era, in un certo senso, ripiegato su sé stesso, in quanto orientato ad amplificare nel tempo la grandezza e la fama del donatore, considerando l’altro solo un mezzo funzionale al compimento di tale aspirazione. Al contrario, la carità cristiana considera l’altro, solo e sempre, come un ‘fine’ da amare e valorizzare, per favorirne l’emancipazione sociale e il riscatto morale, rispetto al quale, quindi, la tensione donativa del soggetto si predispone in totale gratuità, senza alcuna attesa, come contropartita, di fama o

fino all’attuale situazione cfr. R. COPPOLA, *Il problema dell’usura nella visione e nel diritto della Chiesa*, in *L’usura*, cit., 251 ss.

³¹ Si ricordi che la disciplina classica delle *usurae supra modum* si basava su tre principi fondamentali: l’invalidità delle stipulazioni che prevedevano la corresponsione di interessi superiori al tasso legale; l’obbligo del debitore di pagare solo il capitale e le usure lecite; la riduzione (su istanza dell’interessato o *ex officio iudicis*) delle usure illecite. In sostanza, gli interessi eccedenti il limite legale non erano esigibili dal creditore e, qualora fossero stati spontaneamente pagati, dovevano essere restituiti al debitore, il quale poteva chiederne la restituzione con la *condictio indebiti*. Sulla disciplina degli interessi convenzionali in età imperiale v. L. SOLIDORO, *Sulla disciplina*, cit., 555 ss., *praecipue* 563 ss. per le modalità di repressione delle *usurae illicitae*.

riconoscenza³². Il primo atteggiamento, quello evergetico pagano, non riesce a produrre reale ‘condivisione’, essendo tale categoria estranea alla sua logica; il secondo, invece, quello cristiano, ponendo al centro l’altro, dà avvio ad una rete relazionale inedita, destinata ad espandersi in modo effusivo, secondo l’ottica dell’amore che non chiede mai nulla in cambio.

Pertanto, solo la comprensione, generata dalla spinta di forti motivazioni ideali ed etiche, del fatto che gli ‘indigenti’ non costituiscono una mera anomalia strutturale della società o un cancro inevitabile da asportare o cinicamente dimenticare, ma sono l’effetto conseguente di precise scelte economiche e politiche, può attivare il legislatore ad agire in loro difesa, tutelandone in qualche modo gli interessi.

È ciò che accade, appunto, nella legislazione tardoantica, per quanto concerne la pratica dell’usura, ma anche, ad esempio, in ambito successorio, per quanto riguarda i lasciti e le eredità alle cosiddette *incertae personae*. È proprio l’individuazione e l’utilizzo, nella prassi delle relazioni giuridiche, della categoria ‘sociologica’ dei *pauperes*, pur nella sua semantica *incertitudo* e nella vaga genericità del concetto³³, a costituire la condizione imprescindibile per l’espansione effusiva dell’*intuitus pietatis*, movente psicologico di gran parte dei lasciti a scopo pio, sempre più frequenti in età tardoantica³⁴. Ciò in deroga evidente alla tradizionale, classica, disposizione che impediva di istituire eredi le *incertae personae*: tutti segni, questi come altri ancora, del tramonto di un’epoca e del

³² Sull’evergetismo pagano cfr. C. CORBO, *Paupertas*, cit., 38, nt. 45, con ulteriori riferimenti bibliografici, a cui rinvio.

³³ Cfr. per tutti P. BROWN, *Povertà*, cit.

³⁴ Sul tema cfr. C. CORBO, *Incertain personae e capacità successorie. Profili di una società e del suo diritto*, Napoli, 2012; sui legati *pro anima* e *ad pias causas* cfr. da ultimo M. D’ORTA, *Legata pro anima e officium pietatis. Le disposizioni testamentarie pro anima nell’ordinamento giuridico italiano. Prospettive storico-comparatistiche*, in *Koinonía*, 44.1, 2020, 547 ss.

sorgere aurorale di una nuova, col travaglio proprio di ogni età di transizione, gravida di tensioni ideali, generatrici di storia.

È chiaro che la presenza della ‘categoria’ degli indigenti all’interno di testi legislativi non coincide, sul piano fattuale e temporale, con la loro comparsa nelle pieghe oscure della storia che, purtroppo, invece, vede masse dolenti di emarginati vagare nella disperazione e nella solitudine esistenziale ben prima che il legislatore, sotto la pressione innovativa di tensioni sociali e ideali, non possa non rappresentarne nella norma, almeno in una certa misura, la voce e gli interessi.

È, comunque, la ‘percezione’ consapevole di tale presenza che costituisce, nello stesso tempo, segno ed effetto di una nuova attenzione alla realtà sociale. Essa, rappresentata non più solo dall’ottica dei potenti e dei ricchi, ma anche da quella di chi, mancando di ricchezza e di potenza, tradizionalmente pareva non avere diritti, né possibilità di accampare alcuna pretesa, si rivela in tutta la sua composita conflittualità. Infatti, osservare la realtà anche dalla prospettiva di chi non possiede tutto, ma anzi manca di qualcosa o di tutto, apre nuove possibilità di decodificazione e gestione dei fenomeni sociali, proiettando il diritto, da una dimensione ‘conservativa’ dell’ordine sociale esistente, verso una dimensione aperta all’accoglienza della novità e del cambiamento.

Per quanto attiene alla pratica del prestito feneratizio, nel corso del IV secolo andò lentamente prendendo corpo e maturando una disciplina tesa, da un lato, a tutelare le sorti del debitore³⁵ e, dall’altro, a perfezionare una regolamentazione degli ‘interessi’, funzionale alle istanze dell’economia reale, che, pur proteggendo i debitori dagli eccessi incontrollati dovuti a un incremento ingiustificato dei tassi, fosse in grado di tramutare il fenomeno creditizio in fattore propulsivo di crescita e di sviluppo.

³⁵ Come ci attesta chiaramente il provvedimento di Teodosio, CTh. 2.33.2, esaminato nelle pagine precedenti: cfr. *supra* §§ 2-3.

Le linee tracciate con nitidezza nell'Antico quanto nel Nuovo Testamento riguardo alla questione del prestito a interesse – metabolizzate nella riflessione dei Padri e riprese, pur con sfumature diverse e ineludibili mediazioni, nei primi concili della Chiesa – nell'impatto fecondo e dialettico con la legislazione imperiale diedero gradualmente vita nel corso del IV secolo d.C., anche a causa dei nuovi e più avanzati equilibri raggiunti nei rapporti tra Impero e Chiesa, ad un'articolata considerazione del fenomeno feneratizio, la quale costituì l'asse ideologico che condusse, in età medievale, alla decisa condanna dell'usura, sia sul piano morale sia su quello più specificamente giuridico, prefigurando l'alba di una 'storia nuova'³⁶.

ABSTRACT

Il saggio analizza il fenomeno usurario alla fine del IV secolo, cercando di cogliere le relazioni tra legislazione imperiale ed etica cristiana, sia negli elementi di contiguità sia nelle loro peculiarità. In tale frangente storico, si colloca un'interessante costituzione di Teodosio I del 386 d.C. (CTh. 2.33.2), nella quale il legislatore pone in correlazione la pratica feneratizia con lo stato di bisogno del mutuatario. Tale provvedimento segna un significativo cambiamento di ottica, ponendo al centro le sorti del debitore (*favor*

³⁶ È interessante notare come pure in questa circostanza, ma, d'altronde, come sempre accade quando si attiva con intelligenza in condizioni di libertà espressiva, il pensiero speculativo – in questo caso, quello dei Padri della Chiesa – sia in grado di svolgere una funzione, nello stesso tempo, 'ricapitolativa' e 'anticipatrice', in quanto, da un lato, non può non svilupparsi che in aderenza ai principi fondativi, al fine di esplicarne il senso ultimo, ma, dall'altro, proprio da tale matrice ispirativa, esso trae l'energia per proiettarsi nel futuro, anticipando elementi di novità e prefigurando la piena attuazione delle potenzialità latenti nelle fibre del presente.

debitoris), con l'abbandono della posizione tradizionale, tesa a tutelare, in modo precipuo, gli interessi del creditore (*favor creditoris*). Di conseguenza, sotto il profilo repressivo-sanzionatorio, assumono nuovo peso giuridico gli aspetti soggettivi inerenti allo stato di necessità del debitore, che rende del tutto inaccettabile la previsione di interessi elevatissimi, oltre il tetto massimo consentito dalla legge. L'ultima parte del contributo si sofferma su alcuni emblematici passi del *De Tobia* di Ambrogio, dedicati appunto alla pratica usuraria, che mostrano con chiarezza la peculiare 'radicalità' della concezione cristiano-patristica rispetto alla prudente 'laicità' di quella romana classica.

The essay analyses the phenomenon of usury at the end of the 4th century, aiming to explore the relationships between imperial legislation and Christian ethics, both in terms of their points of convergence and their peculiarities. In this historical context, there is an interesting constitution of Theodosius I from 386 A.D. (CTh. 2.33.2), in which the legislator correlates the practice of usury with the borrower's state of need. This provision marks a significant shift in perspective, placing the fate of the debtor at the centre (*favor debitoris*), abandoning the traditional stance aimed at primarily protecting the interests of the creditor (*favor creditoris*). As a result, from a repressive-sanctioning point of view, the subjective aspects related to the debtor's state of necessity take on new juridical weight, making the imposition of excessively high interest rates, beyond the legal limit, completely unacceptable. The final part of the paper focuses on some emblematic passages from Ambrose's *De Tobia*, specifically dedicated to the practice of usury, which clearly show the peculiar 'radicality' of the Christian-Patristic conception compared to the more cautious 'secularity' of classical Roman thought.

PAROLE CHIAVE

Usura – povertà – stato di necessità – CTh. 2.33.2

Usury – poverty – state of necessity – CTh. 2.33.2

CHIARA CORBO
chiara.corbo@unina.it

La vulnerabilità digitale dell'anziano da esposizione al flusso informativo di contrattazione

SOMMARIO: 1. Complessità e pluralità nell'intreccio tra poteri di autonomia ed effettività della persona – 2. Vulnerabilità, manipolazione, persone anziane – 3. Anziani vulnerabili ed esposizione al flusso informativo – 4. Vulnerabilità epistemica dell'anziano – 5. Una proposta ricostruttiva: la vulnerabilità come conseguenza intrinseca all'esposizione al flusso digitale di contrattazione.

1. Complessità e pluralità nell'intreccio tra poteri di autonomia ed effettività della persona

In un mondo sempre più complesso dal punto di vista tecnologico e sociale¹, nel quale diviene sempre più difficile pervenire a visioni di insieme e si moltiplicano i tentativi di rispondere alle nuove oscurità del moderno² mediante strategie di adattamento ermeneutico³, si impone la domanda su come

¹ Nel diritto i temi della complessità hanno trovato una sistemazione mirabile in A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 207 ss. Cfr. V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2009, 147 ss.

² J. HABERMAS, *La nuova oscurità: crisi dello Stato sociale ed esaurimento delle utopie*, Roma, 1998, 5 ss.

³ G. BENEDETTI, *Ermeneutica della complessità*, in *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del prof. V. Scalisi, Messina 27-28 maggio 2016*, a cura di M. Trimarchi, Milano, 2017, 63 ss.; M. TRIMARCHI,

misurare l'impatto comunicativo della complessità sulle persone, differenziandolo rispetto alle individuali capacità cognitive, interpretative, critiche, che da tali fenomeni sono investite, sovente senza che ne abbiano una consapevolezza se non frammentaria⁴.

Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione, in *Complessità e integrazione*, cit., 27 ss.; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.

⁴ Le ricerche sul rapporto tra struttura sociale e capacità individuale – o, seguendo un filone che corre da Amartya Sen a Martha Nussbaum, 'capacitazioni' (capabilities): M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2013 e A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, 2007 – sono state profondamente influenzate dal lavoro di Miranda Fricker, che ha introdotto la categoria fondamentale della ingiustizia epistemica. Cfr. M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford, 2007, 153: «Diciamo che quando c'è una partecipazione ermeneutica diseguale rispetto a qualche area significativa dell'esperienza sociale, i membri del gruppo svantaggiato sono ermeneuticamente emarginati. La nozione di emarginazione è di natura morale-politica, indicando subordinazione ed esclusione da qualche pratica che avrebbe valore per il partecipante. Ovviamente ci possono essere casi di emarginazione ermeneutica più o meno persistenti e/o ampiamente diffusi. Sebbene il termine sia più appropriato nei casi in cui il soggetto sia persistentemente negato della piena partecipazione ermeneutica rispetto a una vasta gamma di esperienze sociali, possiamo comunque applicarlo in casi minori. Così qualcuno potrebbe essere emarginato ermeneuticamente solo fugacemente e/o solo rispetto a un'area altamente localizzata della propria esperienza sociale. Ma l'emarginazione ermeneutica è sempre socialmente imposta. Se semplicemente scegli di non partecipare pienamente alle pratiche ermeneutiche per scelta (forse, stanco di tutto, diventi un eremita moderno), allora non sei considerato emarginato ermeneuticamente – hai scelto di non partecipare, ma avresti potuto scegliere di partecipare. L'emarginazione ermeneutica è sempre una forma di impotenza, sia essa strutturale o occasionale». Cfr., con particolare riguardo agli ambienti digitali, G. ORIGGI, S. CIRANNA, *Epistemic Injustice in Digital Environments*, in *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, ed. by I.J. Kidd, J. Medina and G. Polhaus, London, 2017, 303 ss.; C. SCOTTO, *Digital Identities and Epistemic Injustices*, in *Humana.Mente – Journal of Philosophical Studies*, 13.37, 2020, 151 ss.

In un contesto culturale che nel volgere di qualche decennio è transitato dalla postulazione dell'astrazione del soggetto di diritto come conquista fondamentale del moderno alla differenziazione insita nel concetto di persona⁵ – fino al riconoscimento della intrinseca appartenenza reciproca dei concetti di persona e pluralismo⁶ – preme interrogarsi su quale contributo possa apportare l'introduzione nel lessico giuridico del concetto di vulnerabilità⁷.

La prima domanda cui è necessario rispondere è perché si stia affermando il concetto della persona vulnerabile, rispetto a quello, che ha segnato una stagione di profondo rinnovamento degli studi giuridici, di soggetto debole⁸. L'evoluzione culturale ha portato il

⁵ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, 829 ss.; S. RODOTÀ, *Dal Soggetto alla Persona*, Napoli, 2007; ID., *Antropologia dell'homo dignus*, in *Storia e memoria*, 19.2, 2010, 107 ss.; *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, a cura di F. Bilotta e F. Raimondi, Napoli, 2020, 47 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, 139 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico* (1972), in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 13 ss.

⁶ Questo movimento verso la soluzione della contemporaneità in una nuova visione del pluralismo, dovrà compiersi «senza il ricorso ad un immaginario giusnaturalistico, ma con una tecnica di riduzione della complessità basata su un ordine ideale e giuridico espresso da due fattori. Il Pluralismo, sociale e politico, e la Persona come impulso ad un'azione ordinante della dimensione sempre nuova dell'esistenza. Una coppia teorica e operativa intangibile»: G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, 2024, 249.

⁷ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, 6 ss.; F. CONSOLARO, *Il "vulnerabile" come chiave del "mondo che viene": considerazioni etimologiche*, in *Filosofia politica*, 2009, 1, 45 ss.

⁸ Nella cultura giuridica italiana P. CENDON, *Soggetti forti, soggetti deboli*, in *Ragion pratica*, 2, 2010, 409 ss. Tra gli studi più risalenti: P. CENDON, *Infermità di mente e diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 31 ss.; ID., *Il diritto scopre la follia*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 819 ss.; ID., *I diritti delle persone deboli*, in *Storia d'Italia, Annali 14 - Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 179 ss.

dibattito sulla personalità nel diritto civile dalle categorie generali della *Drittwirkung* verso la concretezza, l'adeguamento delle risposte del sistema giuridico in ragione delle peculiarità individuali⁹. La debolezza – o secondo più recenti variazioni, la fragilità¹⁰ – individuale si è inscritta in una temperie ideologica attenta a sottolineare innanzitutto la disattenzione culturale verso la difficoltà personali che si traducono in discriminazione sociale, difficoltà nell'accesso a servizi e opportunità di vita. La risposta – mutamento delle politiche pubbliche e, per quanto riguarda il diritto civile, adattamento delle categorie del contratto e della responsabilità, maggiore flessibilità e riforma legislativa degli istituti di protezione degli incapaci¹¹ – ha indubbiamente segnato un passaggio fondamentale per l'effettività dei diritti fondamentali e la democrazia¹²; resta pur tuttavia il pericolo che la 'debolezza' finisca per essere a sua volta un dato tipizzante, un meccanismo di sezionamento sociale in categorie più o meno sociologicamente definite, fino ai rischi dovuti al pericolo di ingabbiare il soggetto epistemicamente defraudato di ulteriori possibilità di

⁹ C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1985, 25 ss.

¹⁰ P. CENDON, *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Milano, 2018, 7 ss.

¹¹ G. LISELLA, *Interdizione giudiziale e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, 1984, 107 ss.; P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente»*. *A proposito dell'andicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 51. G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Napoli, 1990; A. VENCHIARUTTI, *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma nel sistema italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, 1455 ss.

¹² *Un altro diritto per il malato di mente: esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988; P. CENDON, *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 621 ss.

emancipazione, rinchiudendolo nella gabbie securitarie dell'organizzazione collettiva di un gruppo di appartenenza¹³.

Si rivela in tal modo un problema fondamentale di ogni conoscenza giuridica fondata concettualmente¹⁴: la difficoltà di comprendere il senso regolativo della continuità temporale, il suo mutamento continuo¹⁵, il suo arricchirsi e impoverirsi e trasfigurarsi in tessuti di relazioni sempre nuove e con problemi sempre diversi¹⁶; fenomeni, questi, molto dibattuti in occasione della riforma legislativa delle incapacità regolate dal codice civile¹⁷.

Costante è la preoccupazione che gli istituti di protezione non si traducano, tradendo la propria funzione regolativa¹⁸, in un ostacolo alla sua partecipazione alla vita sociale, che è anche vita di relazioni giuridiche, vita di manifestazione di autonomia. Da questo punto di vista resta ancora molto da fare per studiare quella che con felice espressione è stata definita la «contrattualità della vita quotidiana»¹⁹; del resto è soltanto di recente che è stato tematizzato

¹³ Il problema è illustrato in P. FEMIA, M. MAUGERI, *Intersectionality and Law: Right or Method?*, in *The Future of the Person*, ed. by H.-W. Micklitz and G. Vettori, Oxford, 2025, 131 ss.

¹⁴ Con specifico riferimento al tema cfr. J. ESPINOZA, *Tutela giuridica dei soggetti deboli: il risveglio dai sogni dogmatici dei giuristi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, 413 ss.

¹⁵ Questione al centro delle ultime ricerche di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 79 ss.

¹⁶ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1117 ss.

¹⁷ E.V. NAPOLI, *La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1995, 539 ss.; ID., *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*², in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, sub artt. 414-432, 302 ss.

¹⁸ Il fenomeno del 'regulatory backfiring' – ove una previsione legislativa finisce per realizzare il risultato sociale opposto a quello perseguito – è ormai ben noto anche nell'ambito della cultura giuridica: R.A. HILLMAN, *The Rhetoric of Legal Backfire*, in *Boston College Law Review*, 43.4, 2002, 819 ss.

¹⁹ C.M. MAZZONI, *Libertà e salvaguardia per l'infermo di mente: una «contrattualità della vita quotidiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 460 ss.

esplicitamente un diverso modo di considerare il potere di autonomia privata²⁰, non più vincolato al potere (e al complesso equilibrio tra libertà e solidarietà nel suo esercizio) di conclusione del contratto, ma come aspetto fondamentale della manifestazione della persona. Ciò accade non in una prospettiva meramente retorica, quale sarebbe quella che si limitasse a contrapporre esistenziale a patrimoniale, ma nella considerazione dell'autonomia come libertà di costruire il proprio mondo di relazioni in un ambito di coesione sociale²¹. La libertà della persona sarebbe parola vuota se non le si consentisse di stringere rapporti con il prossimo, di poter dare forma giuridica al proprio vissuto. Essa deve essere pertanto considerata non soltanto nel momento della sua singola manifestazione rispetto ad un concreto atto negoziale, ma nel complesso divenire della sua continuità temporale-esistenziale²². L'autonomia è quindi potere di relazione, potere di forma di vita. Nel mobile intreccio della contrattazione quotidiana la persona, nella sua costitutiva pluralità, incontra il più intenso terreno di realizzazione, in conformità al comando costituzionale che ne impone la effettività²³.

²⁰ R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 3 ss.; più di recente T. DALLA MASSARA, A. NERVI, *Il contratto è politica*, Milano, 2024. Sempre profonde le considerazioni di D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2008, 547 ss.

²¹ P. FEMIA, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 499 ss.

²² P. FEMIA, voce *Discriminazione (divieto di)*, cit., 513 ss.; ID., *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 545 ss.; H. KEREN, *Undermining Justice: The Two Rises of Freedom of Contract and the Fall of Equity*, in *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 2, 2016, 339 ss.; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2010, 1050 ss.

²³ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 11 ss.; ID., *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 395 ss.; P. FEMIA, *Opposizione ermeneutica ed effettività*, in *Liber amicorum per G. Vettori*, Padova, 2022, 1107 ss.

2. *Vulnerabilità, manipolazione, persone anziane*

La transizione dalla debolezza alla vulnerabilità²⁴ – pur con tutta l'inevitabile area di incertezza, dovuta al ben noto fenomeno dell'equivalenza funzionale²⁵ – segna la necessità di non ricadere da un formalismo ad un altro, assecondando la necessità che un diritto civile costituzionale presti attenzione al *continuum* esperienziale di ciascuno. Basti confrontare, da un lato, la costruzione che alterna alla capacità di agire la capacità di discernimento²⁶, pur sempre espressione di una qualità stabile, conseguita una volta per tutte, per quanto relativa ad una specifica causa negoziale²⁷, e la configurazione, dall'altro, della vulnerabilità, per la quale si è molto opportunamente affermato che essa non sia un confine, ma una categoria che aiuta a comprendere una complessità di elementi dispiegantisi nel tempo: al *continuum* esistenziale dell'esperienza individuale si aggiunge, pertanto, il «*continuum* della vulnerabilità»²⁸.

²⁴ A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Napoli, 2019, 9 ss.; EAD., *Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi*, in *Annuario del contratto*, 2022, 16 ss.

²⁵ Per discussioni critiche sul quale cfr. M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, ed. by P. Legrand and R. Munday, Cambridge, 2003, 100 ss.; R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. by M. Reimann and R. Zimmermann, Oxford, 2012, 339 ss.

²⁶ A. GORGONI, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione*, in *Persona e mercato*, 2011, 49 ss.; F. GIARDINA, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, 1609 ss.

²⁷ Al punto che si possa immaginare il rifluire del discernimento in una diversa considerazione della stessa capacità negoziale: ulteriori approfondimenti in R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto: contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, 55 ss.

²⁸ M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione* - Intervento di discussione della *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Prof. Robert Spano, *Diritti umani e persone vulnerabili*, Roma, 22 aprile 2022, in

Il mutamento di prospettiva indica un rinnovato compito civilistico di protezione di ogni peculiarità individuale che possa divenire occasione di sfruttamento e manipolazione per pratiche di estrazione di valore economico, in spregio della dignità della persona. Soggetti fragili, manipolabili e quindi discriminabili.

Gli studi sulla manipolazione, in particolare, costituiscono un capitolo a sé della costante osmosi tra categorie sociologiche e categorie giuridiche²⁹ e, a loro volta, implicano delicate questioni di adattamento con l'intero apparato delle disposizioni classicamente poste a presidio della libertà del consenso negoziale³⁰. Non da ora si è potuta constatare la estrema plurivocità degli usi di 'manipolazione'³¹, al punto da renderne estremamente difficoltosa una recezione puntuale e la operazionalizzazione del suo ambito assiologico in concrete conseguenze di disciplina. Si può asserire in

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/roma_2022-persone_vulnerabili__massimo_luciani_20220503170920.pdf: «più che all'esistenza di un netto confine tra vulnerabilità e non vulnerabilità, dobbiamo pensare a una scala della vulnerabilità, che va da un minimo a un massimo. A questo proposito, l'ISTAT ha elaborato un Indice di vulnerabilità sociale e materiale (TVSM), articolato sulla base di sette indicatori, che ha poi applicato per collocare i vari comuni italiani proprio lungo una scala di questo tipo. Indicatori che concernono il tipo di famiglia (monogenitoriale, numerosa, etc.); l'età della popolazione; l'alfabetizzazione; il potenziale disagio assistenziale delle famiglie; il grado di affollamento nelle abitazioni; la percentuale di giovani fuori dal mercato del lavoro o dalla formazione scolastica; il potenziale disagio economico delle famiglie. Un *continuum* della vulnerabilità, appunto» (p. 3).

²⁹ Seguendo una via tracciata autorevolmente da N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1968, 297 ss.; per i successivi svolgimenti si rinvia a L. PANNARALE, *Nicolò Lipari e la sociologia del diritto*, in *Soc. dir.*, 2024, 51.2, 269 ss.

³⁰ Punto centrale del riorientamento del dibattito è stato il fondamentale M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» *contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 187 ss.; A. FUSARO, *L'atto*, cit., 54 ss.

³¹ V. CONTE, *Comunicare per contratto. Flusso informativo-comunicazionale e poteri privati nei social media*, Napoli, 2024, 119 ss.

estrema sintesi che con manipolazione si intenda non il risultato di una singola, per quanto articolata, attività decettiva mirata ad estorcere il consenso per uno specifico atto negoziale, come accade nel dolo³², ma il risultato di una compiuta disseminazione disinformativa, rivolta a confondere i processi di cognizione e selezione delle informazioni che presiedono alla psicologia della decisione individuale rispetto ad un complesso ventaglio, ampio ed indeterminato, di possibilità negoziali. Che l'inganno cognitivo sia il frutto di strategie non è ignoto alla più sensibile tradizione civilistica: basti pensare al tema della captazione testamentaria (art. 624 cod. civ.): ove lo schema del dolo ricopre sovente una globale attività di manipolazione della persona prossima alla fine (e quindi in un orizzonte di strutturale vulnerabilità e dipendenza dalle cure e attenzione altrui)³³. In questo ambito la captazione del consenso del testatore fa leva sulla diminuita «capacità affettiva» del testatore³⁴; la peculiarità del contesto impegna dottrina e giurisprudenza nella ricostruzione degli ambiti di compatibilità tra

³² L'attività dolosa è volta a mostrare ciò che non è: A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 167 ss.; cfr. M. GIROLAMI, *Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1202 ss.; S. POLIDORI, *Alberto Trabucchi e «Il Dolo nella teoria dei vizi del volere»*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2024, 1153 ss.

³³ Cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit. 284 ss.; intercettare la corrispondenza, allontanamento dalla famiglia e dagli amici, licenziamento di persone incaricate della cura personale, ingerenza costante negli affari del testatore: sono tutte strategie complessive rivolte sì ad un determinato atto (il testamento), ma un atto che ha un complesso senso esistenziale riepilogativo di un'intera esperienza di vita e di rapporti. Si comprende allora che la decettività sia il risultato di un flusso manipolativo.

³⁴ M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 375 ss.; EAD., *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'"ageing testator"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2011, 1032 ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 570 ss.; A. GENOVESE, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 201 ss.

la disciplina del dolo contrattuale e la captazione testamentaria³⁵. Ciò sia detto unicamente per sottolineare quanto la dimensione della continuità temporale e la messa in opera di strategie comunicative volte a manipolare il consenso altrui, se ben nota alla tradizione della disciplina degli atti *mortis causa*, riceve un senso del tutto nuovo dinanzi alla potenza comunicativa delle piattaforme sociali digitali e al crescente isolamento nel quale viene a trovarsi la persona anziana.

Come è stato efficacemente rilevato «nell'ambiente digitale la persona manipolata crede di essere libera, ma non lo è; ritiene che l'interesse e la curiosità palesati in un atto siano espressione spontanea del proprio essere, quando invece sono indotti dalla manipolazione, la quale, talvolta fa perno sulla categorizzazione delle persone fisiche, consistente nell'assegnazione di queste ultime a categorie specifiche sulla base dei loro dati biometrici; categorie riguardanti tra l'altro, «i tratti comportamentali o di personalità»³⁶. Si può concludere sul punto osservando che la manipolazione non sia un atto, ma una pratica, un'attività che si manifesta nella corruzione strisciante dei meccanismi cognitivi, alterando le rappresentazioni di realtà di chi la subisca, in particolare agendo sulle sue determinanti emotive precategoriali, sul lato emozionale che precede e poi si diffonde per i suoi procedimenti argomentativi, alterando così il rapporto tra scoperta e motivazione³⁷.

³⁵ Fine ricostruzione in M. PROTO, *Ambito semantico della parola 'dolo' nell'impugnazione del testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2023, 1103 ss.

³⁶ A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in *Persona e mercato*, 3, 2024, 930.

³⁷ Sono così riepilogati i risultati raggiunti in V. CONTE, *Comunicare*, cit., 123 s. Ulteriori riferimenti in M. GORIN, *Towards a Theory of Interpersonal Manipulation*, in *Manipulation. Theory And Practice*, ed. by C. Coons and M. Weber, Oxford, 2014, 83 ss.

A fronte della «invasione digitale» manipolativa³⁸ la posizione dell'anziano è più che mai delicata. Se per i minori sono pur sempre presenti – anche se non sempre adeguate e non sempre attive – figure istituzionali preposte alla sua cura, per l'anziano, al contrario, potrebbe non sussistere alcun provvedimento di assistenza: nella cornice meramente formale della sua piena capacità di agire egli si trova esposto al flusso manipolativo in condizione di estrema disabilità epistemica.

Si comprende allora perché l'introduzione nel lessico giuridico del termine nuovo 'vulnerabilità', benché incerto nella sua area semantica e fortemente dibattuto in filosofia morale, abbia fortemente attratto la riflessione della più recente ricerca civilistica³⁹. Se la indeterminatezza ha contribuito a facilitarne la discussione – nell'ambito di una crescente sensibilità che transita, come già rilevato, dal paradigma della debolezza alla considerazione globale della fragilità umana, in particolare degli

³⁸ M. CAPASSO, *Manipulation as digital invasion. A neo-republican approach*, in *The Philosophy of Online Manipulation*, ed by F. Jongepier and M. Klenk, New York-Abingdon, 2022, 183 ss.

³⁹ Basti pensare a: C. IRTI, *Older People as Vulnerable Persons in The Perspective of Law*, in *Phenomenology and Mind*, 28, 2025, 12 ss. e P. SCARLATTI, *Considerazioni in tema di protezione della vulnerabilità e giustizia costituzionale*, in *dirittifondamentali.it.*, 1, 2025, 1 ss., rispettivamente nella prospettiva del diritto civile e costituzionale. Tali lavori si confrontano con l'imponente letteratura in argomento, che ha impegnato molteplici versanti disciplinari. Cfr. L. BUSATTA, C. CASONATO, S. PENASA, M. TOMASI, *Le 'maschere' della vulnerabilità nella cura della persona*, in *Liber amicorum per P. Zatti*, I, Napoli, 2023, 651 ss.; G. SERGES, *Vulnerabilità, soggetti 'deboli' e giustizia costituzionale. Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle 'persone vulnerabili'*, in *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, dir. par H. Alcaraz et C. Severino, Aix-en-Provence, 2021, 167 ss.; M. VIRGILIO, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiana e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018, 161 ss.; E. DICCIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, 2, 2018, 13 ss.

‘ultimi’⁴⁰ – essa non ha giovato ad una adeguata costruzione tecnica del fenomeno, soprattutto con riferimento all’area dell’autonomia negoziale.

3. *Anziani vulnerabili ed esposizione al flusso informativo-comunicazionale nei social media*

La riflessione, oramai risalente, sui diritti della persona anziana⁴¹, attenta alle peculiarità della persona e alla corrispondente ampiezza della tutela offerta dall’art. 2 Cost.⁴², fino a prospettare un compiuto diritto della terza età⁴³, si trova nella necessità di un nuovo approfondimento nel moderno ambiente della comunicazione digitale.

Non c’è dubbio che l’avvento della comunicazione digitale e la progressiva diffusione dei social media abbiano messo in evidenza, accanto ai fattori indubbiamente produttivi della realtà smaterializzata, una radicale emarginazione del sociale, amplificando le disuguaglianze sia online che offline⁴⁴. Si discorre

⁴⁰ G. AMATO, *I vulnerabili e la Costituzione italiana*, in *Gli ultimi. La tutela giuridica dei soggetti deboli*, Roma, 2022, 29 ss.

⁴¹ G. LISELLA, *Rilevanza della «condizione di anziano» nell’ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 800 ss.; recentemente, con particolare riferimento alle acquisizioni delle neuroscienze, L. TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 251 ss.; F. ROTOLO, *Il diritto alla cura degli anziani tra vulnerabilità, logiche di mercato e brevettabilità della salute: la necessità di un ripensamento della proprietà intellettuale in chiave sostenibile*, in *Jus civile*, 4, 2023, 888 ss.

⁴² Cfr. P. STANZIONE, *Le età dell’uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1989, 447 ss.; G. LISELLA, *Rilevanza della «condizione di anziano» nell’ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 800 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 88 s.

⁴³ M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Soveria Mannelli, 2021, 7 ss.

⁴⁴ M.E. QUADRATO, *Il soggetto disabile tra dipendenza e autonomia*, in *TSDP*, 16, 2023, 1 ss.; S. VICIANI, *Le tutele civilistiche dei soggetti vulnerabili per disabilità psico-fisica*,

nella lettera medica e di teoria della comunicazione di ‘digital ageism’. Ageismo è la discriminazione (indiretta, strutturale, invisibile) ai danni delle persone anziane, muovendo dal dato di fatto che la massima parte degli anziani non abbia le medesime capacità di comunicazione e orientamento nel mondo digitale sia per l’insufficiente alfabetizzazione digitale sia, e forse soprattutto, per le diminuite capacità cognitive e relazionali, fondate sul declino cognitivo e aggravate dalla crescente solitudine⁴⁵. In altri tempi il mercato avrebbe semplicemente ignorato questi consumatori poco disposti a consumare: la debolezza o vulnerabilità del consumatore⁴⁶ potevano ancora apparire un semplice problema

Napoli, 2024, 111 ss. Sulla specifica questione del divario digitale, che colpisce soprattutto i poveri e gli anziani, cfr. C. DI BARI, *Dal digital divide all’inclusione digitale*, in *Studi sulla formazione*, 26.2, 2023, 207 ss.; C.H. CHU *et al.*, *Digital Ageism: Challenges and Opportunities in Artificial Intelligence for Older Adults*, in *The Gerontologist*, 62.7, 2022, 947 ss.; J. VAN DIJK, K. HACKER, *The digital divide as a complex and dynamic phenomenon*, in *The Information Society*, 19.4, 2003, 315 ss.; M. LAGACÉ, J. LAPLANTE, H. CHARMARKEH, A. TANGUAY, *How ageism contributes to the second-level digital divide*, in *Journal of Technologies and Human Usability*, 11.4, 2015, 1 ss.; G. MALGIERI, J. NIKLAS, *Vulnerable Data Subjects*, in *Computer Law & Security Review*, 37, 2020, 1 ss.

⁴⁵ R.H. BINSTOCK, *Old-Age Policies, Politics, and Ageism*, in *Generations: Journal of the American Society on Aging*, 29.3, 2005, 73 ss.; R. ABBEY, S. HYDE, *No country for older people? Age and the digital divide*, in *Journal of Information, Communication and Ethics in Society*, 7.4, 2009, 225 ss.; N. CHARNESS, W.R. BOOT, *Aging and information technology use: Potential and barriers*, in *Current Directions in Psychological Science*, 18.5, 2009, 253 ss.

⁴⁶ Incisive le pagine sul tema di M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, *Dialoghi di diritto dell’economia*, 2023, 1 ss.; nonché in F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration*, in *European Review of Contract Law*, 18.1, 2022, 1 ss.; A. CALLEGARI, *Il paradigma della vulnerabilità: brevi riflessioni per una riconfigurazione del dilemma equality-difference*, in www.questionegiustizia.it, 2018, 1 ss.; M.C. PAGLIETTI, M. RABITTI, *A Matter of Time. Digital-Financial Consumers’ Vulnerability in the Retail Payments Market*, in *European Business Law Review*, 33.4, 2022, 581 ss.

regolatorio, risolvibile con adeguati interventi sull'informazione precontrattuale o sulle modalità di conclusione del contratto. Oggi questo modello di intervento è largamente insufficiente: il problema, il punto di incidenza della vulnerabilità: non il contesto della singola conclusione del contratto, ma l'intera digitalizzazione delle infrastrutture di contrattazione. Se è vero che la contrattazione è l'istituzione del contrarre⁴⁷, è altrettanto vero che il linguaggio della contrattazione, il linguaggio istituzionale della promessa e dell'obbligo, della relazione contrattuale e della durata istituzionale, è stato profondamente innovato dalla rivoluzione digitale. I social, anche quando non siano – e per lo più non lo sono – offerte contrattuali, strutturano un mondo di attese, esperienze e simboli che induce il desiderio di contrarre⁴⁸: il consenso contrattuale, il rituale della sottoscrizione, mediante un inutile clic, di qualche decina di migliaia di caratteri di consenso informato che nessuno, meno che mai un anziano, legge, sono soltanto la ricaduta commerciale finale di una strategia continua di estrazione di valore da qualsivoglia varietà il mercato possa offrire (essendo questo e null'altro il senso dello stile giuridico neoliberale)⁴⁹.

⁴⁷ P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, 265 ss.

⁴⁸ Il punto è emerso soltanto nella più recente legislazione europea. La analizza, valorizzandone il rilievo sistematico, A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente*, cit., 915 ss.; nonché E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2023, 941 ss.

⁴⁹ F. DENOZZA, *Alla radice delle problematiche relazioni tra mercato, impresa e tutele: il trattamento dell'esternalità*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 41 ss.

Se l'ageismo sia una forma di oppressione⁵⁰ è domanda la cui risposta è da affidarsi ad analisi sociologiche e di filosofia politica⁵¹; invero, è indubbio che il diritto debba tener conto dell'età anziana non soltanto al fine di sottolineare un dato ovviamente da nessuno più contestato (che l'anziano sia persona, che in quanto persona abbia diritto alla tutela della dignità e che tale dignità implichi trattamenti corrispondenti al principio di eguaglianza sostanziale) ma anche e soprattutto per costruire strumenti tecnici di contrasto a pratiche di estrazione di valore dalla vulnerabilità, pratiche organizzate da algoritmi, progettate mediante 'dark patterns'⁵² o semplicemente assimilate come 'naturale' strategia di marketing aggressivo⁵³.

Punto di partenza della considerazione di risposte non limitate al contesto di una sola attività negoziale è prendere coscienza dell'ampiezza della dimensione della fragilità dei soggetti vulnerabili: dall'ambito educativo a quello sanitario, fino alle barriere linguistiche, che oggi più che mai costituiscono un vero

⁵⁰ In senso critico P. HIGGS, C. GILLEARD, *Is ageism an oppression?*, in *Journal of Aging Studies*, 62, 2022, online, 1 ss.; cfr., inoltre, R. ELLIOTT, *The 'boomer remover': Intergenerational discounting, the coronavirus and climate change*, in *The Sociological Review*, 70, 2022, 74 ss.; S. GOOSEY, *Ageism as a hate crime: The case for extending aggravated offences to protect age groups*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 41.3, 2021, 612 ss.; M.M. GULLETTE, *Against 'aging'—how to talk about growing older*, in *Theory, Culture and Society*, 35.7-8, 2018, 251 ss.

⁵¹ J. MACNICOL, *Age Discrimination. An Historical and Contemporary Analysis*, Cambridge, 2009, 3 ss.

⁵² G. GUERRA, *L'impatto dei dark patterns sul consenso dell'utente: la via europea per affrontare le nuove vulnerabilità*, in *Giustizia civile.com*, 2022, online, 1 ss.; G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1130 ss.; M. MARTONI, *Persuasive Design Technologies, Dark Patterns e diritti di bambini e adolescenti*, in *Federalismi.it*, 14, 2023, 162 ss.; E. GATELLI, *Dark pattern e personalizzazione manipolativa: fit check del panorama legislativo europeo*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei Media*, 2025, 286 ss.

⁵³ O.G. LODDO, *L'abuso del diritto nel drafting contrattuale intersemiotico digitale*, in *Milan Law Review*, 4.1, 2023, 70 ss.

ostacolo per gli anziani, il cui squilibrio effettivo in termini di uguaglianza ed equità sociale emerge con tutta evidenza, traducendosi in condizioni di discriminazione e solitudine sociale.

4. *Vulnerabilità epistemica dell'anziano*

Se accettiamo l'ipotesi avanzata da una delle maggiori studiose del tema, Martha Albertson Fineman, la vulnerabilità non indica una categoria specifica di persone, ma un *continuum* esistenziale⁵⁴, essendo un dato inerente la condizione umana. «Un approccio fondato sulla vulnerabilità non è incentrato su individui o gruppi specifici, né sui diritti umani e civili. Non è un sinonimo di debolezza o svantaggio, né semplicemente un altro modo per indicare una discriminazione inammissibile. Affrontare la vulnerabilità umana significa piuttosto richiamare l'attenzione su ciò che accomuna tutti gli esseri umani, su ciò che dovremmo aspettarci dalle leggi e dalle strutture sociali sottostanti, nonché dalle relazioni che organizzano la società e incidono sulla vita di tutte le persone al suo interno. Queste istituzioni e relazioni riflettono anche i nostri valori e le nostre norme, e definiscono le aspettative nei confronti degli individui nei loro rapporti reciproci, così come delineano le aspettative legittime verso lo Stato e chi lo governa. Sebbene non prescriva una forma specifica di organizzazione statale, la teoria della vulnerabilità invoca uno Stato che risponda ai bisogni umani universali e una riorganizzazione di molte strutture esistenti, attualmente fondate su una concezione dell'ordine giuridico che attribuisce un valore eccessivo alla libertà e alla scelta individuale, ignorando le realtà della dipendenza e della vulnerabilità umana»⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. *supra*, § 2.

⁵⁵ M.A. FINEMAN, *Vulnerability and Social Justice*, in *Valparaiso University Law Review*, 53, 2019, 342; EAD., *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory*

La vulnerabilità è pertanto una qualità disseminata, ma la diffusione della quale varia in una combinazione di fattori non semplice da misurare. L'età anziana opera pertanto non come criterio tipologico di riconduzione del soggetto ad una categoria di persone, separabili dalle altre, ma come criterio euristico della rilevanza che la combinazione di fattori che si intersecano nel caso concreto assume per il sistema giuridico.

Torna qui utile il concetto di 'squilibrio epistemico', quale carattere che assai più che altri si presenta nella valutazione delle condotte dell'anziano⁵⁶. L'isolamento sociale produce ingiustizia ermeneutica, vale a dire ridotta capacità di comprendere le richieste normative, affettive o relazionali altrui e ancora minore capacità di articolare con efficacia le proprie⁵⁷. Quanto detto non può che riflettersi nel diritto, in primo luogo attraverso il controllo dei flussi informativi, che eviti non tanto lo squilibrio informativo, quanto quello epistemico, che rappresenta la posizione di un soggetto socialmente (e non solo economicamente) debole sotto il profilo della capacità relazionale.

Particolarmente delicata è la valutazione della qualità esistenziale degli interessi comunicativi non orientati alla commercializzazione: si pensi all'interesse a non subire violazioni della propria sfera di autodeterminazione informativa, all'interno della quale prevalgono interessi assiologicamente appropriabili (come il diritto dell'individuo a ricevere informazioni corrette) e interessi partecipativi, ossia interessi che, essendo essenziali per il

Law Journal, 60, 2010, 251 ss.; EAD., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, 20, 2008, 1 ss.

⁵⁶ Al fondamentale lavoro di Miranda Fricker – cit. cfr. *supra*, § 1 – adde: M.F. BYSKOV, *What makes epistemic injustice an "injustice"?*, in *Journal of Social Philosophy*, 52, 2021, 114 ss.

⁵⁷ E. VAN BOETZELAER *et al.*, *Involving older people in the preparedness, response, and recovery phases in humanitarian emergencies: a theoretical framework on ageism, epistemic injustice, and participation*, in *The Lancet Healthy Longevity*, 2024, online.

libero sviluppo della persona, necessitano di essere condivisi⁵⁸, tutt'altro, quindi, che *ius excludendi alios*: trattandosi di interessi radicati nel valore costituzionale dell'uguaglianza e, dunque, con una vocazione collettiva e pur sempre rilevanti per il diritto civile.

Tale dimensione umana si consacra non all'accumulazione di vantaggi, bensì alla salvaguardia e alla protezione dei diritti e delle libertà dell'individuo nello spazio digitale: in questa prospettiva, il cyberspazio, nella sua estensione planetaria, amplifica la vulnerabilità soggettiva di ciascuna persona, tanto che «quanto più ampia è la sfera spaziale in cui l'uomo si trova ad agire, tanto maggiori sono le difficoltà della sua esistenza e le misure di protezione di cui necessita per farvi fronte»⁵⁹; uno spazio sensibile e privilegiato per le relazioni umane e la costruzione della sfera sociale e politica dell'uomo.

Se la comunicazione nei social network non è altro, in fondo, che l'esercizio di diritti contrattuali derivanti dal contratto costitutivo dell'account, è importante interrogarsi su come garantire che i flussi informativi derivanti da tale attività contrattuale non producano lesioni alla personalità di ciascun utente, con particolare attenzione alla vulnerabilità delle persone anziane e fragili.

Che questa problematica debba essere affrontata dal punto di vista del rapporto contrattuale comporta conseguenze rilevanti, la prima delle quali è la messa in discussione della liceità/meritevolezza dei procedimenti algoritmici di regolazione tecnica del flusso.

⁵⁸ Per la distinzione tra diritti appropriativi e non appropriativi (trans-soggettivi) P. FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, in *Enc. dir., I Tematici, Responsabilità civile*, a cura di C. Scognamiglio, Milano, 2024, 847 ss.

⁵⁹ A. FALZEA, *Nuove tecnologie e diritto*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, 276.

Il tema della libertà di espressione richiama una serie articolata di profili di tutela: identità digitale, privacy, accesso, libertà di informare ed essere informati, oblio, successione digitale e, infine – e con particolare rilievo ai fini del presente esame – la necessità di configurare, come stretto corollario del diritto a essere informati, il diritto a non essere manipolati, che, come in un climax ascendente di valori meritevoli di protezione, si dispiegano accanto alla dimensione produttiva e smaterializzata della realtà virtuale, in un caleidoscopio di rischi globali⁶⁰.

Di fronte all'emergere di queste nuove situazioni, che investono la dimensione più intima dell'individuo-persona, diventa sempre più evidente come il confine tra reale e virtuale si stia progressivamente sgretolando, introducendoci in una «cultura della virtualità reale»⁶¹; ciò richiama, con maggiore forza, la necessità di un'efficacia orizzontale (*Drittwirkung*) dei diritti fondamentali, che ne garantisca l'effettività in questo innovativo ambiente contrattuale⁶².

L'evoluzione progressiva e altamente performante della Rete ha inciso sui processi di produzione e circolazione dell'informazione. Al modello tradizionale, che garantiva la libertà di informare e di essere informati essenzialmente attraverso la garanzia legale contro le concentrazioni editoriali, favorendo il pluralismo sia esterno che interno all'impresa informativa, si è affiancata – e forse presto sostituita – un'architettura comunicativa differente, in cui, da un

⁶⁰ V. CONTE, *Disinformazione digitale, fiduciarietà informativa, rimedi contrattuali*, in *Annali Sisdic*, 10, 2023, 259 ss.

⁶¹ M. CASTELLS, *Nello spazio dei flussi. Identità, potere, informazione*, trad. it., Roma, 2007; ID., *Reti di indignazione e speranza. Movimenti sociali nell'era di Internet*, trad. it., Milano, 2012; M. BONAZZI, *I muri nello spazio dei flussi dell'era digitale*, in *Diacronie. Studi di Storia Contemporanea*, 43.3, 2020, 48 ss.

⁶² Ci sia consentito rinviare a V. CONTE, *Il controllo di costituzionalità delle leggi private globali. Drittwirkung, conformazione del contratto e obbligazione comunicazionale nei social media*, Milano, 2024, 137 ss.

lato, i centri d'informazione tradizionali faticano a mantenere una comunicazione generalista e, dall'altro, si produce in modo disseminato un contenuto informativo spesso solo apparentemente spontaneo e individuale, con un aumento del potenziale distorsivo, già intrinseco a qualsiasi flusso informativo⁶³.

L'informazione, scolpita con l'ausilio di algoritmi capaci di operare differenziazioni, viene così modellata per categorie sempre più diversificate, fino ad arrivare al paradosso di una comunicazione «granulare»⁶⁴, meticolosamente definita sulle caratteristiche emozionali-cognitive-comportamentali di ciascun utente profilato, con lo scopo di sfruttarne le vulnerabilità negoziali o di orientarne surrettiziamente le preferenze di consumo, le scelte di vita e le ideologie politiche. In questo ambito colpisce la recente saldatura del progetto – interessante, ma non privo di ambiguità – del personalized law alla proposta di estrazione dei dati dai social media, con esplicite finalità di controllo sociale⁶⁵.

Per un progetto di ricerca che immagina di alimentare gli algoritmi estraendo quantità sempre maggiori di dati al fine di

⁶³ Cfr. J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118.7, 2018, 2011 ss.; ID., *La libertà di parola è un triangolo*, in J.M. BALKIN, *Il triangolo della libertà di espressione digitale*, a cura di V. Conte, Napoli 2023, 4 ss.; V. CONTE, *Libertà di manifestazione del pensiero e potere contrattuale. Una lettura civilistica di J.M. Balkin*, in J.M. BALKIN, *Il triangolo*, cit., 119 ss.

⁶⁴ Sul concetto di granularità normativa cfr. C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI, *Granular legal norms: big data and the personalization of private law*, in *Research Handbook in Data Science and Law*, ed. by V. Mak, E. Tjong Tjin Tai and A. Berlee, Cheltenham, 2018, 408 ss.; in senso critico, richiamando i pericoli intrinsecamente manipolativi di tali operazioni di tipizzazione e in favore di un concetto di disseminazione linguistica e adattabilità normativa, P. FEMIA, *Logopoeia: Normative Typification and Granular Norm's Informational Differentiation*, in *Algorithmic Regulation and Personalized Law. A Handbook*, ed. by C. Busch and A. De Franceschi, München, 2021, 155 ss.

⁶⁵ O. BEN-SHAHAR, *Personalized Law and Social Media*, in *Verfassungsblog*, 17.5, 2023, <https://verfassungsblog.de/personalized-law/>.

offrire risposte regolative personalizzate – con inevitabili effetti derivanti dalle distorsioni di potere – il comportamento sui social media è una miniera, che, secondo tale proposta, si propone di sfruttare concentrandosi sulle condotte «automatiche e non riflessive» degli utenti. Il paradigma è il seguente: «[p]ersone diverse presentano tendenze diverse alla guida imprudente, e tali caratteristiche risultano probabilmente correlate a gradi di imprudenza analoghi sui social media. Certo, esistono fonti informative migliori per prevedere le inclinazioni individuali alla guida rischiosa – si pensi, ad esempio, ai dati raccolti dalle compagnie assicurative. Tuttavia, il punto generale resta valido: i dati dei social media sono utili per analizzare le decisioni rapide delle persone; molti dei rischi che il diritto cerca di regolare nascono da decisioni affrettate, e potrebbero essere affrontati in modo personalizzato proprio grazie a questi dati»⁶⁶. L'apparente innocuità della proposta – rafforzare la tutela contro gli incidenti mediante l'osservazione dei social – si rovescia nelle conclusioni: «[i]n sintesi, le persone che mostrano un comportamento più offensivo e sconsiderato sui social media, a parità di altre condizioni, sono destinate a prendere altre decisioni impulsive e sbagliate, come guidare in stato di ebbrezza, superare pericolosamente i limiti di velocità, acquistare beni costosi che non possono permettersi o cadere vittime di truffe online. Se queste correlazioni risultano solide, allora i dati provenienti dai social media potrebbero servire a prevedere propensioni personali rilevanti per la regolazione di tali attività. Utilizzare questi dati per 'elaborare standard personalizzati di diligenza, un'età di capacità adattata alla persona o periodi di riflessione personalizzati' potrebbe salvare vite, denaro e sofferenze»⁶⁷.

⁶⁶ O. BEN-SHAHAR, *Personalized Law*, cit., 4.

⁶⁷ O. BEN-SHAHAR, *Personalized Law*, cit., 5 (virgolette aggiunte).

In realtà il condivisibile obiettivo di incrementare la sicurezza contro infortuni stradali precipita in una teoria generale che orienta le proprie decisioni autoritative secondo una proporzione diretta tra risposte normative coercitive e devianza del comportamento osservabile rispetto a standard sociali. Tra gli elementi fondativi di restrizioni normative personalizzate rientrerebbe l'età (molto giovane o molto avanzata) del soggetto osservato, il quale si ritroverebbe senza valido contraddittorio a dover subire imposizioni normative legate a stereotipi confermati dall'osservazione (si immagina: senza il suo consenso).

Si provi a configurare questa sorta di ingegnerizzazione della libertà nel contesto del forte squilibrio epistemico dell'anziano. Egli si troverebbe defraudato due volte dei propri diritti espressivi. Una prima, in quanto non sarebbe in condizione di intendere adeguatamente le opportunità comunicative del mezzo digitale, né sarebbe, inoltre, in condizione di farsi comprendere (se posto a raffronto con soggetti nativi digitali) dagli altri utenti (umani e non) con i quali verrebbe ad interagire, né, infine, in grado di comprendere sempre esattamente se le conversazioni che crede di intrattenere riguardino profili falsi, pensati per circonvenirlo, abusando della sua ridotta capacità di intendere e di volere. Sarebbe, poi, defraudato una seconda volta, se queste interazioni, svoltesi in palese condizione di ingiustizia ermeneutica, fossero poi utilizzate per fondare restrizioni motivate da ragioni di sicurezza.

Non che l'obiettivo della sicurezza sia da svalutare, ma operazioni di rilievo politico così delicato non possono essere interamente automatizzate senza pregiudizio per l'effettività dei diritti fondamentali dell'anziano. Anche l'algoritmo di osservazione, in altre parole, dovrebbe essere addestrato a riconoscere lo squilibrio epistemico dell'utente del social e sapere ricavare da questa osservazione conseguenze rivolte ad impedire ogni impatto discriminatorio. E quanto più il soggetto osservato e

ristretto nelle sue abilitazioni normative sarà vulnerabile, tanto più lo squilibrio epistemico rischia di sfociare in esclusione sociale.

Appare corretto commisurare il potere contrattuale globale delle piattaforme di comunicazione nel contesto di una ridefinizione sostanziale dello spazio pubblico e privato (da cui, ancora una volta, otteniamo conferma dell'insostenibilità della divisione tra diritto pubblico e diritto privato e, ancor più, del ruolo degli interessi pubblici e collettivi nella sfera del diritto civile), caratterizzata da una maggiore accessibilità agli strumenti di produzione e fruizione del sapere, generando un flusso esorbitante di informazioni, che presenta aspetti indubbiamente positivi quando opera come strumento per aumentare la partecipazione, ma che spesso si accompagna a un aumento ancora maggiore della vulnerabilità individuale, generata da raffinate logiche di mercato e di consumo.

5. Una proposta ricostruttiva: la vulnerabilità come conseguenza intrinseca all'esposizione al flusso digitale di contrattazione

Il dato di realtà, che conferma il caso dell'attività contrattuale in rete, si manifesta in uno squilibrio epistemico strutturale tra utente e operatore della rete. Prima e al di là di qualsiasi accertamento – pur necessario – dello squilibrio normativo delle clausole contrattuali unilateralmente predisposte, il dato di fatto è lo squilibrio effettivo di conoscenze, senza il quale non può esistere capacità di valutazione dei flussi informativi che circolano in rete. Nessun consenso informato sulle modalità di trattamento sarebbe sufficiente, poiché non si tratta di uno scambio di informazioni o di beni digitali, bensì della regolazione delle infrastrutture di flusso all'interno delle quali soltanto tali scambi possono aver luogo. In tale ruolo, le posizioni dei titolari degli account e quella dell'operatore della rete non sono fungibili, essendo la prima inaccessibile per il divario incolmabile nella conoscenza e

nell'organizzazione del funzionamento stesso del sapere. Lo squilibrio epistemico strutturale implica una risposta funzionale, ossia la qualificazione del gestore della rete come depositario dell'informazione investito di un incarico di diritto privato.

A tale proposito appare utile avanzare, in sede di conclusione, una proposta ricostruttiva, che tenga conto della differenziazione concettuale con la quale il diritto ha risposto all'apprendimento sociale circa la peculiarità delle esigenze umane compendiate dal ricorso al concetto di vulnerabilità⁶⁸.

Se le capacità di agire, di intendere e di volere, di discernimento sono categorie – per quanto ampie e flessibili, soprattutto l'ultima – pur sempre costruite, elaborate ed applicate nell'orizzonte della conclusione del singolo atto negoziale, la vulnerabilità, per contro, attiene all'esposizione della persona al flusso di contrattazione, anche a prescindere dall'orizzonte dell'immediata o prossima conclusione di un contratto. Il flusso genera linguaggi del desiderio e dell'attesa, provoca strategie familiari di mediazione e conflitto,

⁶⁸ Non a caso si insiste su di un'accezione normativa di vulnerabilità. «Reframing the concept of vulnerability in a normative way means pointing out that the different ways in which vulnerability will be lived and experienced, the ways in which we will be affected, and thus the meaning that vulnerability will have, can only, however, be understood in the light of the particularity of embodied, social experience. I believe that this conception of vulnerability is distinctive – and preferable to the understandings of human vulnerability we take for granted – both because it is simply more accurate, more in tune with our experiences, and because it is a reconsideration that avoids the problems that accompany a solely negative understanding of vulnerability. For instance, by specifying that vulnerability is a condition of potential we can depart from the conventional assumption that vulnerability is a property that characterizes only certain individuals in specific circumstances. When such an assumption is made, vulnerability is usually configured, if only implicitly, as a weakness on the part of a certain set of people rather than as a fundamental way of being that pertains to us all. A shift is made from thinking of vulnerability in terms of weakness to thinking about those who are vulnerable as weak»: B. MAGNI, *Vulnerability and Agency: The Case of Ageing*, in *Biblioteca della libertà*, 55.229, 2020, 25 s.

alimentate dal divario (esso stesso prodotto della comunicazione di flusso) tra attese sempre crescenti e risorse che mai possono correre con la stessa velocità dei desideri⁶⁹. Preso nella ridotta episteme della sua reale fragile relazionalità affettiva⁷⁰, l'anziano è più che mai vulnerabile agli effetti di induzione al consumo, alla conclusione di contratti⁷¹ – e la mancanza, sovente, di un nesso diretto tra un singolo atto comunicativo di un account manipolatore e la scelta specifica di consumo non toglie che la 'vulnerata disposizione a collocarsi nel flusso di contrattazione' sia di per sé un elemento da sottoporre ad analisi giuridica.

Il flusso di contrattazione è innanzitutto un 'flusso informativo ad elevato rischio di manipolazione'; la vulnerabilità opera come 'criterio normativo che impone un più rigoroso parametro di misurazione della diligenza del fiduciario informativo', vale a dire del gestore della rete. Le comunicazioni mirate all'anziano implicano quindi un aggravio della responsabilità del gestore per omessa o insufficiente progettazione di una sicura architettura comunicativa della rete. La qualificazione del fiduciario come titolare di un ufficio di diritto privato⁷² consente di offrire un rimedio di diritto civile contro tali danni da progettazione e conseguente esposizione a flusso manipolativo. Tale rimedio si affiancherà alle note tutele previste dal diritto europeo, le quali

⁶⁹ L. BERG, *Consumer vulnerability: are older people more vulnerable as consumers than others?*, in *International Journal of Consumer Studies*, 2015, 1 ss.

⁷⁰ C.H. YI-HUI, L. RUOHENG, Z. LEYI, *Does age matter? The impact of social media exposure on people's mental health*, in *Health Policy and Technology*, 14.3, 2025, online, 1 ss.; F. KARIM, A.A. OYEWANDE, L.F. ABDALLA, EHSANULLAH R CHAUDHRY, S. KHAN, *Social media use and its connection to mental health: a systematic review*, in *Cureus*, 12.6, 2020, online, 1 ss.; AK. LEIST, *Social media use of older adults: a mini-review*, in *Gerontology*, 59.4, 2013, 378 ss.

⁷¹ J. HERRING, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford, 2016, 225 ss.; L. FOX O'MAHONY, *Ageing, Difference and Discrimination: Property Transactions in the Crucible of Human Rights Norms*, 20, 2012, in <https://ssrn.com/abstract=2165360>.

⁷² Sia consentito un rinvio a V. CONTE, *Comunicare*, cit., 162 ss.

tuttavia non impediscono azioni fondate direttamente sulla rete di contratti che consente la comunicazione social. Ciascun utente potrà far valere il proprio interesse legittimo trans-soggettivo alla sicurezza contro il rischio di manipolazione. Il gestore della rete, titolare della situazione correlata, con il suo contenuto complesso (un mosaico di doveri e facoltà), è tenuto dunque ad accettare forme di accesso e di controllo sull'esercizio del suo potere privato.

La specificità della tutela informativa risiede nell'essere il risultato di un'attività contrattuale complessa in forma di rete, con una conseguente complessità funzionale specifica. In tal senso, l'ufficio di fiduciario informativo opera come fattore di ricostruzione della disciplina della condotta interna concreta dell'attività di gestione del flusso informativo, impedendo la mera sussunzione formalistica in categorie contrattuali precostituite.

Il lavoro della teoria dovrà, pertanto, dedicarsi a una ricostruzione attenta delle particolarità dello spazio comunicativo digitale e all'individuazione della disciplina giuridica adeguata, nella convinzione dell'insufficienza della ricerca orientata unicamente al dettaglio normativo – spesso elusivo e ambigualmente costruito con un'attenzione squilibrata, troppo concentrata sulle ragioni commerciali delle piattaforme di comunicazione e poco sulla tutela dell'autodeterminazione informativa dell'individuo – e della necessità costituzionale di una ricostruzione orientata ai principi.

ABSTRACT

Il saggio indaga la vulnerabilità digitale dell'anziano quale espressione paradigmatica della tensione tra autonomia privata, capacità cognitiva e manipolazione dei flussi di contrattazione online. L'autrice ripercorre l'evoluzione della categoria civilistica della persona – dal 'soggetto debole' alla 'persona vulnerabile' – mostrando come quest'ultima si configuri non come stato, ma

come processo relazionale, inscritta nella continuità temporale dell'esperienza e nella trama dialogica dell'esistenza. In tale prospettiva, la rivoluzione comunicativa dei social media dischiude un nuovo scenario di squilibrio epistemico: la manipolazione non si manifesta più come inganno puntuale, bensì come pratica diffusa di interferenza cognitiva, capace di alterare le rappresentazioni di realtà e di incidere sulle determinazioni negoziali dell'individuo anziano. La riflessione si traduce in una proposta di ripensamento del diritto civile dei social media secondo il paradigma dell'autodeterminazione informativa. L'autrice delinea la figura del 'fiduciario informativo' quale soggetto investito di un ufficio di diritto privato, cui compete la progettazione di un'architettura informativa che tenga conto della vulnerabilità degli utenti in rete.

The essay investigates the digital vulnerability of the elderly as a paradigmatic expression of the tension between private autonomy, cognitive capacity, and the manipulation of online contractual flows. The author retraces the evolution of the civil law notion of the person – from the 'weak subject' to the 'vulnerable person' – showing how the latter should be understood not as a fixed condition but as a relational process, embedded in the temporal continuity of experience and the dialogical fabric of existence. In this perspective, the communicative revolution of social media opens a new scenario of epistemic imbalance: manipulation no longer appears as isolated deception but as a pervasive practice of cognitive interference, capable of altering reality representations and influencing the elderly individual's contractual decisions. The reflection culminates in a proposal to rethink civil law in the light of informational self-determination. The author outlines the figure of the 'informational fiduciary' as a private law office entrusted with designing an informational architecture that takes into account the vulnerability of online users.

PAROLE CHIAVE

Vulnerabilità epistemica – Autodeterminazione informativa –
Fiduciario informativo – Manipolazione algoritmica – Tutela
giuridica dell'anziano

Epistemic vulnerability – Informational self-determination –
Informational fiduciary – Algorithmic manipulation – Legal
safeguards for the elderly person

VINCENZA CONTE

vconte@unisa.it